Die
Vollziehung der Wandelung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Max Müller
Gerichtsreferendar a. D.

Greifswald.
Druck von Julius Abel.
1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Fischer.**
Korreferent: Professor Dr. **R. Leonhard.**

Meinem Vater,

dem Bürgermeister Theodor Müller,

in Deutsch-Krone

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Erster Teil.
Vollziehung der Wandelung im römischen und im gemeinen Recht.

Zweiter Teil.
Vollziehung der Wandelung in dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Literaturverzeichnis.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, 1. Teil. Wien 1811.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 10. Aufl. Stuttgart 1879.

Aschheim, Der Wandelungsanspruch beim Kauf des bürgerlichen Gesetzbuches unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts. Dissert. München 1902.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. 1. Teil, Geschichte des Kaufs im römischen Recht. Erlangen 1876.

Begründung der Entwürfe eines Gesetzes betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung, sowie eines Gesetzes betreffend Änderungen der Civilprozeßordnung und eines zugehörigen Einführungsgesetzes; Reichstagsvorlage. J. Guttentag. Berlin 1897.

Beith, Die Redhibition des gemeinen Rechts und die Wandelung des Bürgerlichen Gesetzbuches in ihrer rechtlichen Gestaltung, soweit es sich um die Form ihrer Geltendmachung (Vollziehung) handelt. Dissert. Erlangen 1903.

Code Napoléon á Paris 1908.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Band I. Jena 1903.

Dahn, Über die Wirkung der Klagenverjährung bei Obligationen. Dissert. München 1855.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Leipzig 1889.

Demelius, Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht, Bd. I. Weimar 1856.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl., Bd. I und II. 2. Halle a. S. 1906.

Dernburg, Pandekten, Bd. I und II. Berlin 1896.

Eccius, „Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem bürgerlichen Gesetzbuch" in Gruchots Beiträgen, Bd. 43. Berlin 1879.

Eck, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Fortgeführt und herausgegeben von Dr. R. Leonhard, Bd. I. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. 8. u. 9. Aufl., Bd. I. Berlin 1900 und 1903.

Engelmann, Das Bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelrechts, 3. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Auflage, Bd. I. Marburg 1901.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In der Fassung der Bundesratsvorlagen. Auf amtliche Veranlassung. Berlin 1898.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl., I. Buch von O. Fischer, II. Buch von E. Ebert bearbeitet. München 1902.

Fischer, Otto, „Vollstreckbarkeit", in der Festgabe für Felix Dahn. 3. Teil, Recht der Gegenwart. Breslau 1905.

Fischer, Rudolf, Die Verjährung des Rechts auf Wandelung und Minderung. Dissert. Breslau 1906.

Fitting, Der Reichs-Civilprozeß, 8. Aufl. Berlin 1893.

Flechtheim „Aufhebungsanspruch und Einrede" in Gruchots Beiträgen, Bd. 44. Berlin 1900.

Flechtheim, In der „Deutschen Juristen-Zeitung". Jahrg. 1902 Nr. 13. Berlin.

Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 25 III. Rechtssprüche, Nr. 93 und 102. Stuttgart 1880.

Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, Bd. I. Leipzig 1880.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts, I. Abteilung 1883, II. Abteilung 1887, Berlin.

Haymann, „Die Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandelungsanspruches" in Gruchots Beiträgen, Bd. 46. Berlin 1902.

Hellwig, „Anspruch und Klagrecht", in Otto Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des deutschen Reichs, Bd. V, Jena 1900.

Hellwig. Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Huch, Der Vollzug die Wandelung nach § 465 BGB., Dissert. Breslau 1903.

Ihering, „Culpa in contrahendo", in seinen Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Band IV, Jena 1861.

Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen, Jahrgang 1902, Nr. 2, Posen.

Kaulbach, Die Konstruktion der Wandelung und der Minderung im bürgerlichen Gesetzbuch, Dissert. Berlin 1903.

Keller, „Über das Verhältnis des ädilitischen Edikts zum Civilrecht in der Lehre von Gewähr der Mängel an verkauften Sachen", in den Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts, herausgegeben von Dr. Karl Sell und Dr. Wilhelm Sell, Bd. III. Braunschweig 1844.

Kipp, „Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen", in der Kieler Festgabe für Ihering. Kiel und Leipzig 1892.

Kloß, „Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache", im sächsischen Archiv, Bd. 9, Heft 5. Leipzig 1899.

Kohler, „Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß", im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 80. Freiburg i. Br. und Leipzig 1873.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Teil, 1 Hälfte. Berlin 1899.

Kuntze, Exkurse über römisches Recht, 2. Aufl. Leipzig 1880.

Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache. Dissert. Nürnberg 1900.

Lobe, „Die Vorschriften des Deutschen bürgerlichen Gesetzbuches §§ 462 und 465, über die Wandelung und ihre praktische Bedeutung", im sächsischem Archiv, Bd. 9, Heft 2. Leipzig 1899.

Matthiaß, „Die Wandelung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch", in der „Deutschen Juristen-Zeitung", Jahrg. 1902, Nr. 9, Berlin.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. Berlin 1900.

Mensing, Beiträge zur Lehre vom Wandelungs- und Minderungsanspruche des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissert. Bonn 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, Bd. I und II. Berlin und Leipzig 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. u. 2. Aufl., Bd. I. Berlin 1899 u. 1900.

Oertmann, In „Das Recht", 8. Jahrg., Nr. 1 u. 2. München 1904.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 1. u. 2. Aufl., Bd. I, 2 Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899 u. 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I u. II. Berlin 1897 u. 1900.

Protokolle der Kommission für die erste Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches (Protokolle I). Berlin 1882—1889.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches (Protokolle II). Berlin 1897.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, Bd. IV. Leipzig 1902.

Rudorff, in der „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft", herausgegeben von Savigny, Eichhorn und Rudorff, Bd. 14. Berlin 1848.

Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. V. Berlin 1841.

Schollmeyer, „Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf", in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 49. Jena 1905.

Sohm, Institutionen des Römischen Rechts, 2. Aufl. Leipzig 1886.

Stahl, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Dissert. Friedberg 1900.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.

Stratmann, Von der Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches. Dissert. Lübz 1901.

Thiele, „Die Vollziehung der Wandelung und der Minderung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch", im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 93. Tübingen und Leipzig 1902.

Unterholzner, „Von dem Verkauf mangelhafter Sachen", im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 6. Heidelberg 1823.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., Bd. I u. III. Marburg 1869.

Vorlage des Redaktors Dr. F. Ph. F. von Kübel. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Buch, I. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1882.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, unter vergleichender Darstellung des Deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Dr. Theodor Kipp, 9. Aufl., Bd. I u. II. Frankfurt a./M. 1906.

Anm.: Die Citate aus den Werken von Endemann, Neumann und Oertmann (BGB.) beziehen sich, wenn nichts anderes bemerkt ist, auf die neueste der angegebenen Auflagen.

Erster Teil.

Vollziehung der Wandelung im römischen und im gemeinen Recht.

§ 1.

Die ädilicischen Edikte.

Nach dem starren Rechte des älteren römischen jus civile beeinflußte, wie immer auf älteren Kulturstufen, das Vorhandensein von Mängeln der Kaufsache in keiner Weise das Recht des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises. Der nach jus civile einmal gültig abgeschlossene und regelmäßig sofort erfüllte Kaufvertrag konnte durch etwaige Mängel der Kaufsache nicht mehr geändert werden [1]).

Eine Haftung des Verkäufers bestand nicht. Die Gültigkeit des Kaufs war im älteren römischen Recht nicht abhängig von einem annäherungsweise richtigen Verhältnisse zwischen Wert und Preis, und auch das dem Kaufvertrage des klassischen Rechts immanente Prinzip der bona fides erstreckte sich nicht auf diesen Punkt [2]).

Erst später wurde, kraft der sich immer mehr entwickelnden Rücksicht auf die bona fides allmählich eine Haftung des Verkäufers für dicta und promissa allgemein anerkannt [3]). Und zwar haftete der Verkäufer mittels der actio empti infolge eines dictum promissum für die Wahrheit seiner Zusage, für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft. Für das Fehlen

1) Bechmann S. 234 f., 249.

2) Bechmann S. 213.

3) Nach Bechmann S. 662 stand die verbindliche Kraft der dicta schon zu Ciceros Zeiten fest. Andrer Meinung ist Hanausek I S. 44 f.

derselben haftete er dem Käufer mittels der actio empti [4]) auf den vollen Ersatz des Vermögensschadens den der Käufer infolge der Unwahrheit der Zusage erlitten hatte, auf das ganze Interesse [5]).

Wie Cicero überliefert [6]), bestand schon zu seinen Zeiten eine Haftpflicht des Verkäufers eines Grundstückes der die ihm bekannten rechtlichen und faktischen Mängel desselben dem Käufer verschwiegen hatte. Diese Beschränkung fiel allmählich fort [7]) und der Verkäufer haftete nunmehr bei Kaufgegenständen jeder Art wenn er einen Fehler arglistig verschwiegen hatte [8]). Ferner haftete der Verkäufer für dolos erteilte ausdrückliche oder stillschweigende Zusage [9]), für doloses Verschweigen seiner Kenntnis davon, daß eine bestimmte, vom Käufer vorausgesetzte Eigenschaft nicht vorhanden war [10]), und auch wenn er selbst einen derartigen Irrtum betrügerisch hervorrief.

Nach römischem Civilrechte haftete hiernach der Verkäufer, von etwaiger Garantieübernahme abgesehen, niemals für Mängel, deren Vorhandensein ihm selbst unbekannt war. Dies genügte dem entwickelten römischen Rechte späterer Zeit nicht mehr. Mit dem immer mehr steigenden Handelsverkehr wurde es notwendig eine weitere auf Gesetz beruhende Haftung des Verkäufers zu begründen und die ungünstige Stellung des Käufers zu verbessern. Zu diesem Zwecke erließen die kurulischen Aedilen,

4) l. 6 § 4, l. 13 § 3 D. de a. e. v. 19, 1; l. 6 D. de per. et comm. 18,6. Endemann § 161 1a Anm. 4a S. 985, Hanausek I S. 45—50, Unterholzner S. 62, Arndts § 304 S. 539.

5) Hanausek I S. 50, Vangerow III § 609 Anm. 2 III S. 305 f.; vgl. Windscheid II § 257 S. 55 u. § 258 Anm. 1 S. 57.

6) Cicero de offic. III 16, § 65—68.

7) Hanausek I S. 43.

8) Nicht prinzipiell, sondern in einer Reihe einzelner Entscheidungen anerkannt, so: l. 13 pr., l. 13 § 1, l. 6 § 4, D. de a. e. v. 19, 1; l. 1 C. de aed. act. 4, 58.

9) l. 4 pr. D. de a. e. v. 19,1; l. 45 D. de contrah. empt. 18,1.

10) l. 11 § 5 D. de a. e. v. 19,1; l. 16 D. de per. et comm. 18,6; l. 35 § 8 D. de contrah. empt. 18,1; Hanausek I S. 51. Anderer Meinung: Arndts § 304 S. 539 u. Windscheid II § 393 Anm. 3 S. 685 u. § 395 S. 697, Unterholzner S. 62 f.

denen die Marktpolizei und auch die Jurisdiktion in Marktsachen zustand, die ädilicischen Edikte[11]), das „Sklavenedikt“[12]) und das „Jumentenedikt“[13]), in welchen sie nunmehr auch eine Haftung für sogenannte heimliche Mängel begründeten. Die Edikte bestimmten, daß der Verkäufer, abgesehen von seiner Haftung für dicta und promissa, auch für solche, ihm selbst unbekannte, sogenannte heimliche Mängel haften sollte, welche sich als erhebliche Abweichungen von einer gewöhnlichen vorausgesetzten Eigenschaft darstellen[14]), und ferner dem Käufer ohne dessen grobes Verschulden unbekannt geblieben waren[15]). Im Sklavenedikt wurde es dem Verkäufer zur Pflicht gemacht, unaufgefordert dem Käufer gewisse Mängel anzusagen[16]). Noch umfassender gebot das Jumentenedikt dem Verkäufer nicht nur die Anzeige bestimmter, sondern aller Mängel, welche die normale Brauchbarkeit beeinträchtigen, oder ihren Wert mindern konnte. Nunmehr erst haftete der Verkäufer ex edicto für die Mängel, die er kannte und arglistig verschwiegen hatte. Für andere Mängel haftete er dann, wenn sie so erheblich waren, daß sie den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache beeinträchtigten und dem Käufer nicht erkennbar waren[17]). Der Verkäufer haftete nun auch für verborgene Mängel.

---

11) Dig. de aedilicio edicto 21,1; Cod. de aediliciis actionibus 4, 58.

12) l. 1 § 1 D. de aed. ed. 21,1.

13) l. 38 pr. D. eod. So genannt von Bechmann S. 399.

14) „Si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque impediat“ l. 1 § 8 D. h. t.; vgl. Keller S. 93 f.

15) l. 1 § 6, l. 14 § 10, l. 48 § 4 D. h. t.; Keller S. 90.

16) l. 1 § 2 D. h. t.: „Causa huius edicti proponendi est, ut occuratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea que aediles praestari jubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor neque enim interest emptoris cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate, Keller S. 118.

17) Wenn der Mangel beim Vertragsschluß dem Käufer ohne culpa lata verborgen geblieben war; l. 14 § 10 D. de aed. ed. 21,1, auch l. 1 § 6 u. l. 48 § 4 D. eod. (vitia, — quae ignoravit, vel ignorare potuit).

Durch die ädilicischen Edikte wurden dem Käufer zur Entkräftung des Kaufvertrages zwei Mittel gewährt, durch das Sklavendikt des judicium redhibitorium, welches auf die Rückgängigmachung des Kaufes gerichtet war, und durch das Jumentenedikt wahlweise daneben das judicium aestimatorium, welches unter Aufrechterhaltung des Kaufes eine entsprechende Preisminderung bezweckte [18]).

Die ädilicischen Rechtsmittel wurden, abgesehen von einigen speziell römischen Bestimmungen [19]), rezipiert und sind in fast alle Kodifikationen aufgenommen [20]).

§ 2.

Inhalt und Geltendmachung der ädilicischen Rechtsmittel.

Die actio redhibitoria hatte ein doppeltes Ziel. In ihrer „formellen Funktion" verwirklichte sie den ädilicischen Garantiezwang [1]). Sie trat aber auch in einer „materiellen Funktion" auf [2]), nämlich erstens beim Hervortreten ediktsmäßiger Fehler

---

18) Dementsprechend die actio redhibitoria und die actio quanti minoris (essem empturus si id ita esse scissem, l. 13 pr. D. de a. e. v. 19,1).

19) So betreffs der ornamenta von Tieren, l. 38 pr. D. h. t.; vgl. l. 38 § 11 eod., Arndts § 304 Anm. 6 S. 541, Dernburg Pand. II § 100 Anm. 6 S. 277, Keller S. 132 f., Windscheid II § 395 S. 698.

20) Bürg. Gesetzb. f. d. Königreich Sachsen, §§ 899—929 (909); Allgem. Landrecht I 5 §§ 317 f, 325 ff, 11 §§ 198—206; Allgem. Österr. Gesetzbuch, §§ 922—937 (932); Hess. Entwurf, Art. 166; Bayer. Entwurf, Art. 319; Dresdener Entwurf, Art. 175; Code civil, Art. 1603, 1625, 1644 ff.

1) l. 28 D. de aed. ed. 21,1; l. 31 § 20 D. eod; l. 11 § 4 D. de a. e. v. 19,1; l. 14 C. de a. e. v. 4,49; l. 31 i. f.; l. 32 pr., l. 37 § 1 i. f. D. de evict. 21, 2; Bechmann S. 399 ff., Endemann § 161 1a Anm. 4b S. 985, Hanausek I S. 21, 79.

2) Diese Funktion ist wahrscheinlich späteren Ursprungs, Bechmann S. 405 f.

der Kaufsache[3]) und zweitens beim Hervortreten von Fehlern, die der Verkäufer als nicht vorhanden bezeichnet hatte, oder bei dem Fehlen vom Verkäufer zugesagter Eigenschaften, einerlei, ob dicta oder promissa[4]), und drittens wenn der Verkäufer ihm bekannte ediktsmäßige[5]) Fehler der Kaufsache dolos verschwiegen hat[6]). Eine Definition des Inhalts der actio redhibitoria gibt Ulpian: „Redhibere est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio“[7]). Die actio redhibitoria bezweckte die Auflösung des Geschäfts[8]), die Aufhebung des geschlossenen Kaufvertrages. Und zwar bestand die Wandelung in der tatsächlichen Durchführung der Rückgewähr in den Leistungen, die beide Teile zur Erfüllung des Kaufvertrages gemacht hatten, die Minderung in der teilweisen Rückgewähr der Leistungen des Käufers. Die Auflösung erfolgte aber nicht etwa in der Art einer Resolutivbedingung, „eine echte in integrum restitutio findet nicht statt“[9]).

Bezüglich der vielumstrittenen Frage ob die actio redhibitoria auf das positive Vertragsinteresse gerichtet sei[10]) oder auf das sogenannte negative Interesse[11]), führt Hanausek

---

3) l. 1 § 1 u. 2, l. 38 pr. D. de aed. ed. 21,1.

4) l. 1 § 1, l. 17 § 20, l. 18, l. 19 § 1, l. 38 § 10, l. 52 D. h. t.

5) Bei nicht ediktsmäßigen Fehlern tritt eine Haftung des Verkäufers ex edicto auch nicht im Falle seines dolus ein. l. 1 § 9 D. eod., Hanausek I S. 22 Anm. 7.

6) l. 1 § 1 i. f. D. eod. „hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, judicium dabimus“.

7) l. 21 pr. D. eod.

8) Hanausek I S. 24.

9) Dernburg Pand. II § 101 Anm. 2 S. 279, auch Arndts § 304 S. 539: „Ziel der Klage ist für beide Teile Wiederherstellung des Zustandes vor dem Verkaufe, jedoch nicht mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung; vgl. l. 43 § 8 D. de aed. ed. 21,1; l. 4 pr. D. quib. mod. pign. solv. 20, 6.

10) Verneint von Dernburg Pand. II § 100 Anm. 14 S. 278 unter Hinweis auf Julian: l. 13 pr. D. de a. e. v. 19,1.

11) So Jhering S. 17, Die actio quanti minoris hingegen sei auf das positive Vertragsinteresse gerichtet, unter Berufung auf l. 23 § 1

den eingehenden Beweis dafür, daß in vielen Fällen eine vollständige in integrum restitutio beider Teile ein Ding der Unmöglichkeit sei [12]. Die actio redhibitoria sei weder eine Klage auf das positive Vertragsinteresse des Käufers [13], noch eine Klage auf das negative Interesse, sie sei „nicht als resolutio des Kaufes ex tunc, sondern richtiger als resolutio ex nunc anzusehen" [14]. — Der Anspruch des Käufers ging also, im Falle er schon gezahlt hatte, zugleich mit der Aufhebung des Kaufkontraktes direkt auf Rückzahlung des Kaufpreises [15] mit Zinsen [16], zur Erstattung der Auslagen, welche der Käufer wegen des Kaufes gemacht hat, vorausgesetzt, daß auch der Verkäufer sie gemacht haben würde [17], und zu dem Ersatz des dem Käufer durch die mangelhafte Beschaffenheit der Sache verursachten Schadens [18], gegen Rückgabe der Kaufsache mit allem was ihm mit der Kaufsache übergeben worden, oder beim Käufer zu ihr hinzugekommen ist [19], mit allen Früchten und allem sonst von der Sache gemachten Erwerb [20], in demselben Zustand, in welchem er sie erhalten hat, oder mit Ersatz für die durch sein Verschulden eingetretenen Verschlechterungen [21]. Hatte der Käufer den Kaufpreis noch nicht gezahlt, so ging sein Anspruch auf die Unterlassung jeder Forderung von seiten des Verkäufers,

D. de aed. ed. 21,1; Julianus in l. 23 § 7 D. eod; vgl. auch die Definitius Ulpians l. 21 pr. D. eod.

12) Hanausek I S. 135.

13) Hanausek I S. 24.

14) Hanausek I S. 133 f.

15) l. 25 § 10, l. 26, l. 27 D. h. t.

16) l. 27, l. 29 § 2, l. 31 § 25 D. eod.

17) l. 27, l. 29 § 3, l. 30 D. eod. So Windscheid II § 394 2 b S. 690 u. Hanausek I S. 137. Anderer Meinung Dernburg Pand. II § 101 Anm. 7 S. 280.

18) l. 23 § 8, l. 29 § 3, l. 31 pr., l. 58 pr. D. h. t.

19) l. 1 § 1, l. 23 §§ 1, 9, l. 24, l. 31 §§ 3, 4, l. 33 § 1 D. eod.

20) l. 1 § 1, l. 23 § 9, l. 24, l. 31 § 2 D. eod.; vgl. Bechmann S. 403 u. Anm. 2.

21) l. 1 § 1, l. 23 pr., l. 25 pr., §§ 1, 4, 5, 8, l. 31 §§ 6, 9 D. eod.; l. 21 § 1, l. 43 § 8 D. eod.; l. 4 pr. D. quib. mod. pign. solv. 20, 6. Windscheid II § 394 2 S. 690, Hanausek I S. 143 f.

bezw. auf die Befreiung von der Verbindlichkeit[22]). Diesen Erfolg suchte die actio redhibitoria tunlichst unmittelbar hervorzurufen.

Die Redhibition war ein spezielles Recht des Käufers, zu seinem Schutze, daher war auch, trotz der gewissen Wechselseitigkeit, die namentlich im gemeinen Rechte für dieses Rechtsverhältnis obwaltete, nur eine Kondemnation des Verkäufers möglich[23]). Dieser konnte seinerseits nicht die Vollstreckung des gegen ihn gerichteten Redhibitionserkenntnisses verlangen[24]). Der Käufer war keineswegs verpflichtet vor Anstellung der actio redhibitoria seinerseits dem Verkäufer die fehlerhafte Kaufsache anzubieten. „Nicht einmal vor dem Urteil, geschweige denn vor der Klage war der Käufer zur Vorleistung verpflichtet"[25]). Es widersprach dem Geiste des römischen Prozeßrechtes, die Kondemnation von einer Leistung des Klägers abhängig zu gestalten[26]).

Der Verkäufer war auch nicht berechtigt die Rückgabe der Kaufsache seitens des Käufers gegen Erstattung der ihm durch das Urteil auferlegten Verpflichtungen zu fordern[27]). Die actio redhibitoria war nicht ein duplex judicium, kraft dessen der Käufer zur Rückgabe der Kaufsache und der Verkäufer zur Rückzahlung des Kaufpreises verurteilt würde, vielmehr wird der Verkäufer, und nur dieser kondemniert[28]). Allerdings war der Verkäufer zur Erfüllung der ihm in dem Redhibitionserkenntnisse auferlegten Verbindlichkeiten nur dann verpflichtet, wenn der Käufer seinerseits die Kaufsache zurückgibt, hatte er aber allein

---

22) l. 29 § 1 D. de aed. ed. 21, 1: „Item emptori praestandum est ut pecuniae, cuius nomine obligatus erit, liberetur, sive ipsi venditori obligatus sit, sive etiam alii".

23) l. 25 § 10, l. 26, l. 29 et caet. D. h. t.

24) l. 29 pr. D. eod., Hanausek I S. 154, Dernburg Pand. II § 101 b. S. 280.

25) Hanausek I S. 27 entnimmt dies der l. 26 D. h. t. Andrer Meinung ist Rudorff S. 452, Huch S. 12, Beith S. 5 f.

26) Hanausek I c. l.

27) Hanausek I S. 154.

28) Entscheid. d. Obertrib. Berlin in Goldschmidts Ztschr. S. 265 f.

vorher geleistet, so blieb ihm höchstens übrig das seinerseits Geleistete mittels der condictio causa data, causa non secuta zurückzufordern [29]).

Wie mehrfach überliefert worden ist, wurde das ädilicische Edikt auch auf Kaufgegenstände angewandt, die dem eigentlichen Marktverkehr garnicht oder nur ausnahmsweise unterstanden [30]). Es ist Hanausek zu folgen, wenn er annimmt, daß, da in factum koncipierte, für diese Fälle bestimmte prätorische Klagen nirgends in den Quellen Erwähnung finden, eine solche Anwendung ädilicischen Rechts außerhalb der Kompetenz der Ädilen „nur durch die civile in jus koncipierte actio empti geschehen sein kann" [31]). Fungierte die actio empti dergestalt als Trägerin ädilicischen Rechts, so erlitt sie in mehrfacher Hinsicht Abänderungen.

§ 3.

Die Verjährung der ädilicischen Rechtsmittel.

Die ädilicischen actiones waren temporales, auf kurze Zeit befristet, im Gegensatz zu der Mehrzahl der Klagen des älteren römischen Rechts, welche actiones perpetuae, unbeschränkt, waren. — Die Wirkung des Ablaufs einer bestimmten Zeit auf subjektive Rechte tritt entweder in der Form der Verjährung oder in der Form der Befristung auf. Das verjährte Recht stand dem Berechtigten an sich für immer zu, und verlor, im Interesse des Rechtsfriedens [1]), seine Wirksamkeit nur dadurch, daß es eine gewisse Zeit hindurch nicht ausgeübt wurde. Es ist dies der Rechtsgedanke einer Reaktion gegen die Untätigkeit eines Berechtigten [2]). Das befristete Recht hingegen stand dem Be-

---

29) Entsch. d. Obertrib. Berlin in Goldschmidts Ztschr. c. l.

30) l. 1 pr., l. 48 § 6, l. 63 D. h. t.; l. 4 C. h. t. 4,58, Hanausek I S. 55.

31) Hanausek I c. l., Vangerow III § 609 Anm. 2 II S. 305 f., R. Fischer S. 9, so besonders auch Unterholzner S. 60 ff. und Keller S. 86 ff., 140 ff.

1) Dahn S. 71 f.

2) Hanausek II S. 301; vgl. Grawein S. 22 ff., R. Fischer Seite 10.

rechtigten von Beginn an nur für eine bestimmt begrenzte Zeit zu. — Die ädilicischen Klagen waren von den Ädilen im Interesse einer sicheren Beweisführung nur kurz bemessen, und zwar waren für die actio redhibitoria sechs Monate, für die actio quanti minoris ein Jahr festgesetzt [3]. „Fristen, mit deren Ablauf die Befugnis zur rechtswirksamen Vornahme einer Handlung verloren geht, sind deshalb als Präklusivfristen, und zwar als Klaganstellungsfristen zu bezeichnen" [4]. Die Kaiser Honorius und Theodosius II. schieden bei der von ihnen eingeführten allgemeinen Klagenverjährung [5] die actiones perpetuae, mit nunmehr dreißigjähriger Verjährungsdauer, von den actiones temporales mit einer geringeren Verjährungsdauer [6]. Nach der herrschenden Meinung ist das Institut der Klagentemporalität [7] in dem neuen Rechtsgebilde völlig aufgegangen. Die ädilicischen Fristen sind Verjährungsfristen geworden und haben nur die Eigentümlichkeit einer besonders kurzen Verjährungszeit gewahrt [8]. Dafür spricht die Tatsache, daß die ädilicischen Klagen utiliter zu berechnen waren und auch den Hemmungsgründen der Klagenverjährung unterlagen. Im Justinianischen Recht war dem Schuldner die (gemeinrechtlich praescriptio longi temporis genannte) exceptio temporis ge-

---

3) l. 19 § 6 D. h t. Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est.

4) Hanausek II S. 302.

5) 424 n. Chr. Const. un. Theod. Cod. de actionibus certo tempore finiendis IV, 14.

6) l. 3 § 2 C. de praescr. 7, 39.

7) Klagentemporalität bedeutet vortheodosianische Klagenverjährung im Gegensatz zur theodosianischen.

8) Demelius I § 13 S. 104 ff., Windscheid I § 106 Anm. 2 S. 548, § 110 S. 569 f. u. II § 393 a. E. S. 687, Dernburg Pand. I § 145 u. Anm. 6 S. 344, § 147 S. 351, II § 101 S. 281 ff., R. Fischer S. 10 f., Hanausek II S. 298 f., dagegen nimmt, unter Bezugnahme auf namentlich l. 4 pr. C. de praescr. 7,39, das Fortbestehen des Instituts der Klagentemporalität auch noch für das gemeine Recht an. Mithin seien die ädilicischen Fristen auch für das gemeine Recht keine Verjährungsfristen.

geben[9]). Das Klagerecht des Käufers war nicht mehr befristet, vielmehr stand dem Beklagten in dem Hinweis auf die abgelaufenen sechs, bezw. zwölf Monate ein „Gegenrecht" zu[10]).

Hatte der Käufer noch nicht geleistet, und wurde er von dem Verkäufer auf die Zahlung des Kaufgeldes verklagt, so konnte er sein Recht auch einredeweise geltend machen und gegenüber der actio venditi des Verkäufers mittelst der exceptio redhibitoria wegen Mängel der Sache die Bezahlung des Kaufgeldes ganz oder teilweise verweigern.

Wie die ädilicischen Klagen der Replik unterliegen, daß sie verjährt seien, so ist auch die Geltendmachung der entsprechenden exceptiones an dieselben Zeiträume gebunden.

Die Frage der Verjährung von Einreden ist im gemeinen Rechte sehr umstritten. Als feststehend galt, daß die Verjährung bei dinglichen Rechten nur die Klage, nicht auch das dingliche Recht zerstört, und daß auch der dinglich Berechtigte sein Recht geltend machen kann, auch nachdem die Klage durch Verjährung erloschen ist[11]). Bezüglich der persönlichen Klagen behaupten die Verteidiger der „schwächeren Wirkung"[12]) (der Verjährung), daß der Anspruch bestehen bleibe, auch wenn infolge der Verjährung dem Berechtigten die Mittel fehlen sollten, ihn zwangsweise durchzusetzen. Immer bleibe noch eine naturalis obligatio[13]). Daher seien Einreden in der Regel nicht verjährbar[14]). — Wie Hanausek jedoch feststellt, läßt sich weder aus dem Wesen der Klagentemporalität, noch aus den Äuße-

---

9) l. 48 § 2 D. h. t.

10) Dernburg Pand. I § 145 Anm. 6 S. 344 unter Hinweis auf l. 30 § 5 D. de peculio 15,1; l. 1 § 10 D. quando de peculio 15,2. Ebenso R. Fischer S. 12.

11) Dahn S. 9.

12) Auch „relative Theorie" genannt, Dahn c. l.

13) Dernburg Pand. I § 150 3 S. 357, Savigny §§ 248—251 S. 366—407.

14) Dernburg Pand. I § 150 3 S. 358 unter Bezugnahme auf Paulus libro 71 ad edictum l. 5 § 6 D. de exc. doli mali 44,4. Daher der Spruch: „quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua"; vgl. Eck § 45 S. 212, dagegen Dahn S. 34, 43.

rungen der Quellen ein Anhaltspunkt dafür gewinnen, daß es die Absicht der die temporalen Ansprüche schaffenden Magistrate gewesen sei, daß nur die dieselben geltend machenden Klagen temporal, die diesen Klagen korrespondierenden Einreden aber perpetuae sein sollten [15]).

Die Anhänger von der Lehre von der „stärkeren Wirkung“ [16]) hingegen behaupten, daß die Verjährung den Anspruch selbst vernichte und auch die obligatio naturalis getilgt werde. Mit der Verjährung des persönlichen Anspruchs sei auch die auf der Obligation beruhende Einrede aufgehoben [17]).

Allein da es nicht von dem Willen des Berechtigten abhängig ist, eine Einrede geltend zu machen, er eine solche vielmehr nur dann erheben kann, wenn er verklagt wird, darf man von einer Einredenverjährung nicht in demselben Sinne sprechen wie von einer Klagenverjährung [18]). Eine exceptio, neben welcher keine Klage besteht, kann nicht in dem gewöhnlichen Sinne verjähren [19]).

Nach richtiger Ansicht ist in der zeitlichen Beschränkung der Geltendmachung dieser exceptiones keine Verjährung, sondern eine Befristung zu erblicken [20]). Eine Einrede soll, unter Geltendmachung eines Abwehrrechtes, in erster Linie Befreiung von der Verbindlichkeit zu einer Leistung bezwecken, ein Anspruch dagegen erstrebt eine Leistung. Wenn nun aus dem Wesen einer Einrede hervorgeht, daß sie nur in einem Anspruche ihren rechtlichen Grund und Zweck hat, wenn sie dasselbe Recht betätigt wie ein Anspruch, und nur aus dem Anspruche ihren materiellen Inhalt schöpft, so ist sie unselbständig. Daher ist ihre Geltendmachung an eine Frist gebunden, deren terminus ad quem der

15) Hanausek II S. 310.

16) Auch „absolute Theorie“ genannt, Dahn S. 9.

17) Windscheid I § 112 Anm. 3—5 S. 574 f., Arndts § 277 Anm. 1 S. 501, Vangerow I § 151 S. 232 f., Dahn S. 9 f.

18) Hanausek II S. 311, Windscheid I § 112 S. 577, R. Fischer S. 25.

19) Hanausek c. l. Anm. 27.

20) Hanausek II S. 301, 310; vgl. zu Folgendem R. Fischer S. 25 ff.

Tag des Ablaufs der betreffenden Anspruchsverjährung ist[21]. Wenn daher infolge der Natur der Einrede die Klagbarkeit des durch sie geltend gemachten Anspruchs eine Voraussetzung der Zulässigkeit der Einrede bildet, ist es möglich, der Geltendmachung einer Einrede, welche sich auf den gleichen Rechtsgrund wie diese Klage stützt, replicando entgegenzuhalten, daß die Klage verjährt sei[22]. Dieser Fall liegt bei der actio und exceptio redhibitoria vor. Diese nicht verjährbaren, sondern befristeten Einreden auf Wandelung oder Minderung unterliegen natürlich den Hemmungs- und Unterbrechungsgründen des Verjährungsinstitutes nicht.

Im gemeinen Rechte gelten also die ädilicischen Ansprüche als verjährbar, die exceptiones dagegen waren befristet[23].

§ 4.

Die Vollziehung der Wandelung.

Im römischen wie im gemeinen Rechte erfolgte die Geltendmachung des Wandelungsanspruches regelmäßig auf prozessualem Wege durch die Anstellung der actio redhibitoria. Allerdings war auch eine außergerichtliche vertragsmäßige Einigung der Parteien möglich[1]. Wenn nämlich der Käufer dem Verkäufer mitgeteilt hatte, daß er wegen Bestehens von Mängeln der Kaufsache einen der ädilicischen Ansprüche geltend machen wolle, und die hierauf gepflogenen außergerichtlichen Verhandlungen zu dem Resultat geführt hatten, daß der Verkäufer den Redhibitionsanspruch des Käufers anerkannte, und beide auf dem Wege gütlicher Vereinbarung sich verpflichteten, beiderseits zurückzuleisten[2], so war es eine Tatfrage, ob der Käufer, falls der Ver-

---

21) Windscheid I § 112 und Anm. 8 S. 577, R. Fischer S. 27 f., 61.

22) Hanausek II S. 311 f.

23) R. Fischer S. 38.

1) l. 31 D. de pactis 2,14: „Pacisci contra edictum omnimodo licet, sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset, sive postea". Vgl. Entsch. d. Obertrib. Berlin in Goldschmidts Z. Schr. S. 250.

2) Hanausek I S. 152, Aschheim S. 33, Beith S. 6.

käufer nicht den getroffenen Abmachungen gemäß handelte, nun nur auf die ex pacto folgenden Rechte gegen den Verkäufer angewiesen war, oder ob er außerdem auch einen der beiden ädilicischen Ansprüche geltend machen konnte [3]). — War in diesem Falle noch von keiner Seite geleistet, so genügte ein entgegengesetzter Vertrag (mutuus dissensus oder contrarius consensus), um den Kaufvertrag wieder vollkommen aufzuheben und rückgängig zu machen, war aber schon von der einen oder anderen Seite geleistet, so mußte der Vertrag nicht nur die Aufhebung des Kaufes, sondern auch die Verpflichtung zur Wiedererstattung des Empfangenen zum Inhalte haben [4]).

Da aber nur ein nudum pactum vorlag, war nach römischrechtlichen Grundsätzen eine derartige conventio an sich klaglos [5]). Eine solche hob die Obligation nicht ipso jure auf, sondern begründete nur eine exceptio pacti conventi, welche dann dem einen Paciscenten gegen die Klage des anderen Paciscenten zustand [6]).

Nur wenn die Anerkennung des Redhibitionsanspruches des Käufers von seiten des Verkäufers durch die Rücknahme der Kaufsache erfolgte, und damit ein Innominatkontrakt vorlag, konnte der Käufer mit einer actio in factum (praescriptis

3) Hanausek I S. 170.

4) l. 35 D. de reg. juris. 50,17; l. 80 D. de solut. 46,3; § 4 J. quib. mod. obl. toll. 3,29; l. 58 cfr., l. 7 § 6 D. de pact. 214; l. 2, 3, 5, § 1, 2 D. de rescind. vend. 18,5; l. 95 § 12 D. de solut. 46,3; Arndts § 267 S. 477 u. Anm. 1 a α S. 478, Vangerow III § 621 S. 382 ff., Eccius S. 318 f.

5) l. 31 § 18 D. de aed. ed. 21,1: „Conventio de redhibendo non facit locum huic actioni, sed ipsa redhibitio. Die actio redhibitoria konnte also zur Erzwingung der Vertragsleistungen nicht angestrengt werden.

6) Eine acceptilatio konnte, auch wo sie als solche nicht galt, doch immerhin als Ausdruck des contrarius conseusus oder als pactum de non petendo wirksam sein; l. 5 pr. D. de rescind. vend. 18,5; l. 8 pr., l. 19 pr., l. 23 D. de acceptil. 46,4; Arndts § 267 Anm. 1 β a. E. S. 478 f.; vgl. l. 7 § 4, 7 et sqq., l. 10 § 2, l. 16 pr., l. 21 § 2, l. 27 pr. D. de pactis 2,14.

verbis) „ad pretium reciperandum“ [7]) von dem Verkäufer die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen. Gegenüber dieser Klage blieb ein Bestreiten der Redhibitionspflicht von seiten des Verkäufers wirkungslos [8]). Diese, auf der Anerkennung der Redhibitionspflicht durch den Verkäufer beruhende Klage beschränkte sich jedoch nicht etwa, wie aus dem Wortlaut der l. 31 § 17 „ad pretium reciperandum“ gefolgert werden könnte, lediglich auf die Rückforderung des Kaufpreises. Es standen vielmehr auch in diesem Falle dem Käufer alle sonst mit der actio redhibitoria durchsetzbaren Ansprüche umsomehr zu, als in der l. 23 pr. D. de aed. ed. 21, 1 dem Verkäufer „si sine judice homo redhibitus sit“, die actio venditi zur Geltendmachung seines Schadensersatzanspruches belassen wird [9]).

Im gemeinen Recht gab dagegen jede, auch nur nudo consensu erfolgende Anerkennung der Redhibitionspflicht seitens des Verkäufers dem Käufer die Möglichkeit, eine Klage anzustellen. Aber auch hier war ein Bestreiten der Redhibitionspflicht nicht mehr statthaft [10]).

In diesem Falle einer vertragsmäßigen Einigung der Parteien wurde mit der Zustimmungserklärung des Verkäufers zu dem Abschlusse des Vertrages das Wahlrecht des Käufers zwischen den beiden ihm zur Verfügung stehenden ädilicischen Rechtsmitteln absorbiert und gegenstandslos, die Redhibition, d. h. die Wandelung des Kaufvertrages wegen der Fehlerhaftigkeit der Sache, war auf dem Wege vertragsmäßiger Einigung mit der Abgabe der Zustimmungserklärung des Verkäufers zu dem ihm von dem Käufer angebotenen Aufhebungsvertrage vollzogen [11]).

Jedoch bildete im römischen wie im gemeinen Recht die vertragsmäßige Einigung der Parteien nur die Ausnahme, in der Regel wurde der Wandelungsanspruch des Klägers auf prozessu-

---

7) l. 31 § 17 D. de aed. ed. 21,1; vgl. Bechmann S. 403 Anmerkung 2.

8) l. 31 §§ 17, 18 D. eod., Hanausek I S. 152, Beith S. 6.

9) Hanausek I S. 152.

10) Hanausek c. l.

11) Entsch. d. Obertrib. Berlin in Goldschmidts Ztschr. S. 250.

alem Wege, durch die Anstellung der actio redhibitoria, geltend gemacht.

Es bildete eine Streitfrage in dem gemeinen Rechte, in welchem Zeitpunkte in diesem Falle die Wandelung vollzogen sei.

Von Bedeutung für die Beantwortung dieser Frage ist die Gestaltung des dem Käufer zustehenden Wahlrechtes.

Der Käufer konnte zwischen den beiden ädilicischen Klagen wählen, es stand ihm frei, gegen den Verkäufer die actio redhibitoria oder die actio quanti minoris anzustrengen [12]). Ob Hauptmängel die Sache völlig unbrauchbar machten, oder Nebenmängel nur ihren Wert minderten, galt gleich [13]). Auch konnte der Käufer von der einmal getroffenen Wahl wieder abgehen (jus variandi), bis die Wandelung oder Minderung vollzogen war.

Hatte der Käufer im römischen Prozeß der klassischen Zeit wegen eines Mangels die actio quanti minoris angestellt, so konnte er nicht wegen desselben Mangels auch noch den andern Anspruch geltend machen [14]). Dagegen stand es dem Käufer, der schon die actio redhibitoria erhoben hatte, trotzdem frei auf die actio quanti minoris zurückzugreifen [15]).

Traten nacheinander mehrere Fehler der Kaufsache hervor, so konnte der Käufer auch mehrfach die actio quanti minoris oder die mit dieser konkurrierende actio redhibitoria anstellen [16]), „denn ein jeder Fehler der gekauften Sache begründete einen selbständigen Entschädigungsanspruch und das Wahlrecht in Ansehung der Rechtsmittel in seinem ganzen Umfange“.[17]). — Die Konkurrenz der Klagen war weder eine alternative noch eine kumulative, sondern eine elektive [18]). Gemäß dem Grundsatz,

---

12) l. 38 pr., l. 43 § 6 D. de aed. ed. 21,1.

13) Arndts § 304 Anm. 3 S. 540.

14) l. 25 § 1 D. de except. rei jud. 44,2; vgl. Hanausek I S. 163 ff. über Folgendes.

15) l. 29 pr. D. de usur. et fruct. 22,1.

16) l. 31 § 16 D. de exc. rei jud. 44,2; l. 48 § 7 D. de aed. ed. 21,1; Arndts § 304 S. 539.

17) Entsch. d. Obertrib. Berlin in Goldschmidts Ztschr. S. 250 f.

18) Hanausek I S. 163—168, Huch S. 11.

daß ihm die ädilicischen Rechtsmittel nur wahlweise zustanden, konnte der Käufer nie die Verurteilung des Verkäufers aus beiden begehren. — Im gemeinen Recht konnte der Käufer allerdings für den Fall, daß er mit dem geltend gemachten Anspruche nicht durchdringe, ein dem anderen Antrage entsprechendes Eventualpetitum stellen. Aber auch im gemeinen Recht konnte der Käufer nicht mit beiden Ansprüchen die Verurteilung des Verkäufers erlangen und sich bis nach erfolgtem Urteil die Wahl vorbehalten. — Beendet wurde das Wahlrecht des Käufers erst durch die Redhibition, die wegen der Mängel der Kaufsache eintretende Wandelung des Vertrages.

Bezüglich des Zeitpunktes der Vollziehung der Wandelung herrschen Kontroversen. Das bisherige Recht ist sehr zweifelhaft. Nach der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts war die Wandelung oder Minderung vollzogen mit der vom Käufer einseitig getroffenen Wahl [19]). Die einseitige Erklärung des Käufers sollte genügen um den Kaufvertrag hinfällig zu machen. Gemäß Savigny wird „durch die bloße Anstellung der einen Klage, ohne Rücksicht auf den Erfolg, die andere absorbiert" [20]).

Eine Entscheidung des Reichsgerichts erklärt:

„Das Recht der Wahl zwischen actio redhibitoria und actio quanti minoris geht erst durch Annahme der Erklärung von seiten des Verkäufers, aber auch durch Klageerhebung verloren" [21]).

Aber durch die Abgabe einer einseitigen Erklärung an sich konnte der Käufer sein Wahlrecht nicht verlieren. Denn durch die bloße einseitige Äußerung über die Ausübung des Wahlrechts wurde kein bindendes Rechtsverhältnis konstruiert, „daß das Wahlrecht nicht schon durch die Proposition an den Verkäufer allein absorbiert wird, folgt aus der Vertragsnatur der Ausgleichung der Folgen des mangelhaften Vertrages" [22]). — Im römischen Rechte begründete erst die litiscontestatio, ein Prozeß-

19) Engelmann § 119 VII A 3 S. 340.

20) Savigny § 235 S. 256 f.

21) Entsch. d. Reichsger. Bd. 39 S. 174 f.

22) Entsch. d. Obertrib. Berlin in Goldschmidts Ztschr. S. 250.

vertrag mit novierender Wirkung, die Bindung des Käufers an die einmal erklärte Wahl. Daneben war die vertragsmäßige Vereinbarung darüber möglich, daß der Käufer sich für eins der beiden Rechtsmittel endgültig entscheide und diese Wahl dann eine unwiderrufliche sei. Hatte er dem Verkäufer gegenüber eine Erklärung abgegeben, daß er den einen ädilicischen Anspruch definitiv aufgeben wolle, und war diese Erklärung von dem Verkäufer angenommen worden, so lag in dieser Erklärung eine Verzichtsofferte, die der Verkäufer angenommen und damit eine spätere Geltendmachung des anderen Anspruchs ausgeschlossen hatte [23]). In welchem Falle Erklärung und Annahme der beiden Kontrahenten diese Bedeutung hatten, hing von den näheren Umständen des einzelnen Falles ab. — Nie dagegen verlor der Käufer sein Wahlrecht schon durch eine einseitige Erklärung [24]).

Die Erhebung der Klage hatte in dem gemeinen Rechte nicht die Wirkungen der römischen litiscontestatio, daher war im gemeinen Recht der Käufer auch nicht mit der Klageerhebung an seine Wahl gebunden. — Von Einigen wird überhaupt geleugnet, daß eine solche Bindung erzielt werden könne, bevor sein Anspruch durch tatsächliche Leistung des Verkäufers befriedigt sei [25]), allein diese Bindung des Käufers an seine Wahl erfolgt durch das rechtskräftige Urteil „res judicata jus facit inter partes“ [26]) — „Die einseitige Willens-Manifestation für sich allein, ohne Hinzutritt eines äußeren Moments, durch welches ein gegenseitiges Rechtsverhältnis begründet werden könnte, — Akzeptation oder Litiskontestation — hindert daher den Käufer nicht, von der einseitig getroffenen und für den Verkäufer nicht rechtswirkend gewordenen Wahl zurückzutreten und eine andere Wahl zu treffen, d. h. ein anderes Rechtsmittel zu wählen. Dieses jus variandi des Käufers konnte nur durch eine rechtsverbindlich machende Erklärung des Käufers erlöschen, nicht aber erschöpft werden durch den einseitigen Akt der Notifikation allein, ohne jede

23) Hanausek I S. 169, Leistner S. 36.
24) Leistner c. l., Beith S. 10.
25) Eccius S. 331 f., Cosack § 127 II 3 b S. 444.
26) Staub Anm. 49 zu § 377 S. 1361, Beith S. 10.

ausdrückliche oder stillschweigende Annahme seitens des Verklagten" [27]).

Erst die litiscontestatio im römischen Recht, im gemeinen Recht das auf die Klage ergangene rechtskräftige Urteil machte die Wahl des Käufers unabänderlich [28]).

In demselben Sinne äußert sich das Obertribunal Berlin: „Das Wahlrecht wird absorbiert und gegenstandslos durch die Redhibition, d. h. durch die Wandelung des Vertrages wegen Fehlerhaftigkeit der Sache, und diese erfolgt entweder auf dem Wege vertragsmäßiger Einigung der Kontrahenten, oder durch richterliche Entscheidung." — Eine einseitige Erklärung konnte demnach den Käufer nicht an seine Wahl binden. Wohl aber konnte eine vertragsmäßige Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer eine solche Gebundenheit hervorrufen. Ob aber diesem pactum eine derartige Wirkung beizulegen sei, war eine jeweilige quaestio facti. Im allgemeinen wurde der Käufer im römischen Recht durch die litiscontestatio, im gemeinen Rechte durch das Urteil, welches über die Wandelungsklage entschied, an seine Wahl gebunden. Ob er mit seinem Anspruche durchgedrungen oder nicht, blieb hierfür ohne Bedeutung [29]). In diesem Zeitpunkte war alsdann die Wandelung vollzogen.

---

27) Entsch. d. Obertrib. Berlin in Goldschmidts Ztschr. S. 250 f.

28) So auch Leistner S. 36: „Im gemeinen Recht wurde das Wahlrecht prinzipiell ausgeübt durch den klageweisen Antrag des Käufers ihm eines der ädilicischen Rechtsmittel zuzuerkennen und das diesem Antrage entsprechende, den Verkäufer zur Wandelung oder Minderung verurteilende richterliche Erkenntnis, m. a. W. die Wandelung oder Minderung wurde prinzipiell erst durch das Urteil vollzogen". Ebenso Stratmann S. 7 f.

29) Hanausek I S. 170, Beith S. 10, Huch S. 10.

Zweiter Teil.

Vollziehung der Wandelung in dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 5.

I. Die actio redhibitoria und die Wandelung in dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Wie anfangs dargestellt, erfolgte im römischen und im gemeinen Rechte die Geltendmachung des Wandelungsanspruches regelmäßig auf prozessualem Wege durch die Anstellung der actio redhibitoria. Dieselbe war, wenn von beiden Seiten geleistet war, direkt auf die Auflösung des Kaufkontrakts und auf die beiderseitige Rückleistung des Empfangenen gerichtet; hatte der Käufer noch nicht geleistet, auf die Unterlassung jeder Forderung von seiten des Verkäufers, beziehungsweise auf die Befreiung von der Verbindlichkeit. Ausnahmsweise wurden diese, sonst unmittelbaren Wirkungen der actio redhibitoria auch durch eine vertragsmäßige Einigung der Parteien begründet, allein diese wenig entwickelte vertragsmäßige Einigung bildete nur einen subsidiären Nebenfall. — Ebenso wie im gemeinen Rechte ging auch in den übrigen, dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorausgehenden Rechten die Klage des Käufers direkt auf Rückgewähr [1]).

Erst auf Grund der mit dem bisherigen Rechte nicht gut in Einklang zu bringenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ist die Frage entstanden, ob diese Materie in dem Bürgerlichen Gesetzbuch tatsächlich eine von dem bisherigen Rechte abweichende Neuregelung erfahren habe, oder ob nur eine wenig glückliche Fassung des einen oder anderen Paragraphen hier auf einen von dem Gesetze nicht beabsichtigten Weg nur scheinbar zwinge.

Das Ziel der actio redhibitoria bestand in der unmittelbaren Wiederherstellung des Zustandes in dem sich beide Parteien

1) Vergleiche Citate § 1 S. 4 Anm. 20.

vor dem Abschlusse des Kaufvertrages befanden. Die direkte und unmittelbare Folge der actio redhibitoria war im römischen und im gemeinen Rechte die Rückgängigmachung des Kaufs durch die tatsächliche Rückgewähr[2]). — In dem Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmt jedoch § 462:

> „Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen."

Also auch hier ist Wandelung die Rückgängigmachung des Kaufes wegen eines Mangels der gekauften Sache, aus demselben Grunde will die Wandelung des Bürgerlichen Gesetzbuches gleich der gemeinrechtlichen actio redhibitoria den Kaufvertrag aufheben, sie verfolgt dasselbe Ziel, nur mit dem Unterschiede, daß die Wandelung des Bürgerlichen Gesetzbuches diese Wirkung der Rückgängigmachung des Kaufes nicht ebenso unmittelbar eintreten läßt, sondern dem Wandelung heischenden Käufer nur wegen eines von dem Verkäufer zu vertretenden Mangels das Recht gibt „Wandelung zu verlangen." — Wie das Wort „verlangen" zweifelsohne ausdrückt, ist dem Käufer aus dem Rechte zur Wandelung ein „Anspruch" gegen den Verkäufer gegeben. Der Käufer hat einen Anspruch gegen den Verkäufer, auf Grund dessen er von diesem die Rückgängigmachung des Kaufes, die Herabsetzung des Kaufpreises, verlangen kann. Schon hier jedoch beginnen die Kontroversen. — So bestreitet Eccius, daß diese Konstruktion des Wandelungsrechtes als eines Anspruches durchweg zwingend in dem Gesetze zum Ausdruck gebracht sei, es sei noch eine andere Vollziehung der Wandelung denkbar und zwar in der Form eines dem Käufer zustehenden Rechtes, denn in dem Regelfalle werde die Wandelung durch eine Privaterklärung des Käufers oder in der Form der Klage geltend gemacht, „wie wenn der Käufer mit Recht zurückgetreten wäre mit den Erweiterungen dieses Klagerechts die

2) Windscheid II § 394 2 S. 689 f., Arndts § 304 S. 539, Dernburg Pand. II § 101 S. 279, Sohm S. 270, Hanausek I S. 24 f.

§ 467 ihm einräumt"[3]). Das Rücktrittsrecht aber ist kein Anspruch im Sinne des § 194 B.G.B. — Aber auch unter den Schriftstellern, welche die Gestaltung des Wandelungsrechtes als einen Anspruch nicht bestreiten, herrschte eine weitgehende Meinungsverschiedenheit über die Geltendmachung und den Inhalt der dem Käufer gegebenen Ansprüche, über die Art der Tätigkeit, welche der Käufer von dem Verkäufer fordert.

§ 465 B.G.B. bestimmt:

> „Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt."

Es bedarf also des Einverständnisses des Verkäufers. Der Käufer kann von dem Verkäufer die Annahme seines auf Aufhebung des Kaufvertrages gerichteten Antrages verlangen. — Ist nun der Verkäufer zur Wandelung bereit, nimmt er den darauf gerichteten Antrag des Käufers an, so charakterisiert sich dies gegenseitige Einverständnis des Käufers und Verkäufers auf Rückgängigmachung des Kaufes als ein Vertrag[4]). Das Wandelungsbegehren des Käufers wäre demnach als ein an den Verkäufer gerichteter Vertragsantrag aufzufassen. Dann wäre die Wandelung also mit der Einverständniserklärung des Verkäufers vollzogen. — Während im gemeinen Rechte die gerichtliche Geltendmachung das Gewöhnliche, und die vertragsmäßige Einigung der Parteien nur die Ausnahme bildete, hätte das Bürgerliche Gesetzbuch hiermit die außergerichtliche Vollziehung der Wandelung als den Normalfall hingestellt.

Diese von dem bisherigen Rechte anscheinend völlig abweichende Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches erregte vielfachen Widerspruch. Zwei Parteien vor allem stehen sich gegen-

---

3) Eccius S. 322 f., 326 f. Besprechung der abweichenden Ansichten von Eccius und R. Fischer weiter unten § 7.

4) L. 1 § 1 D. de pactis 2, 14: „Est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.

über, die Anhänger der einander verwandten Rücktritts- und Restitutions-Theorie [5]) und die Anhänger der Vertragstheorie.

II. Übersicht über die verschiedenen Theorien.

§ 6.

Die Vertragstheorie.

Die wesentlichsten Vertreter der Vertragstheorie sind: Aschheim, Cosack, Crome, Dernburg, Emerich, Endemann, Engelmann, R. Fischer, Flechtheim, Fränkner, Goldmann-Lilienthal[1]), Hellwig, Kaulbach, Kipp, Kloß, Kuhlenbeck, Küntzel[2]), Leistner, Oertmann, Planck, Rudorff, Schaeffer, Schollmeyer, Staffel, Stahl, Staudinger[3]), Stratmann[4]).

Sie behaupten das Recht des Käufers sei als ein Anspruch gestaltet[5]). Auf Grund der Mängel der Kaufsache sei dem Käufer ein Anspruch gegen den Verkäufer gegeben, er könne Wan-

---

5) Diese Unterscheidung wird vielfach nicht gemacht. Oertmann bemerkt bei der Besprechung der Rücktrittstheorie, daß diese Konstruktion anscheinend von Niemand zu Grunde gelegt sei (Kom. 1 b zu § 465 S. 379) Jedoch scheint Eccius diesen Standpunkt zu vertreten, vgl. § 7. Die meisten Schriftsteller nennen Eccius als Begründer und Anhänger der Restitutionstheorie. Letztere so genannt von Oertmann c. l. als „quodammodo restitutio in integrum". Auch „Lehre von der normalen Leistungsklage", so Endemann 7. u. 8. Aufl. § 161 II 1 Anm. 13 S. 722, Stratmann S. 26, auch „Rückleistungstheorie", Huch S. 41.

1) Bürgerl. Gesetzbuch 1900 Teil I S. 153.

2) In Gruchots Beiträgen. Bd. 41 S. 433.

3) Kommentar z. B. G. B. 1900 zu § 462.

4) Im Allgemeinen ja auch wohl Eck. Da er aber den Kauf durch Urteil aufgehoben werden läßt (§ 75 S. 451), rechnet ihn R. Leonhard (in Ecks Vorträgen (§ 75 S. 451, Anm. 3) zu den Gegnern. Nicht konsequent in den Folgerungen der Vertragstheorie bezüglich des Klageantrages und des Inhalts des Urteils ist ihr sonstiger Vertreter Endemann (vgl. § 161 3 S. 995 u. Anm. 37 b).

5) Planck II Erl. 3 zu § 462 S. 248, Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 VI S. 74, Oertmann Kom. 2 zu § 462 S. 371 f., Endemann

delung verlangen. „Die Wandelung bestehe in der Rückgängigmachung des Kaufes durch einen ihn aufhebenden Vertrag. „„Der Käufer kann Wandelung verlangen,““ bedeute also, er könne von dem Verkäufer die Annahme seines auf Aufhebung des Kaufvertrages gerichteten Antrages verlangen“ [6]). „In jedem Falle seien Wandelung und Minderung eine Einigung zwischen Käufer und Verkäufer“ [7]). Der Wandelungsvertrag, den beide Parteien schließen, habe nur die Aufhebung des Kaufvertrages zum Inhalte. Wandelung bedeute also nur „Aufhebung des Kaufvertrages durch einen neuen Vertrag der Parteien“, nicht etwa die tatsächliche Rückzahlung des Kaufpreises. Die Wandelung könne nur mit der Einverständniserklärung des Verkäufers vollzogen werden [8]). Die Rückgewähr sei erst eine Folge der vollzogenen Wandelung [9]). — „Die Wandelung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sei nicht die Realisierung der Folgen der Wandelung, der Rückgewähr. Das Bürgerliche Gesetzbuch verstehe unter Wandelung den Rechtsakt, der gleichzeitig die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage aufhebt, und diejenigen zur Rückgewähr (nach Analogie des Rücktrittsrechts) begründet“ [10]). Das Recht des Käufers auf die Rückzahlung des Kaufpreises entstehe erst aus diesem Vertrage gemäß § 467 [11]). An die Stelle der actio redhibitoria sei der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Einwilligung in die Aufhebung des Kaufvertrages

---

§ 161 3 S. 993, Hellwig Anspruch S. 383 Note 5, Kloß S. 287 f., R. Fischer S. 35, Kaulbach S. 3, Aschheim S. 27 ff.

6) Planck c. l., Kuhlenbeck S. 258, Oertmann Kom. 2 und 3 zu § 462 und 1 c γ zu § 465 S. 372 u. 380, Cosack § 127 II f. S. 442 ff., Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 703 f., Endemann c. l. u. Anm. 36 S. 994, Aschheim S. 29, Kloß c. l., Stahl S. 25, R. Fischer S. 35, 37, Leistner S. 36 ff., Engelmann § 119 VII A 3 S. 340.

7) Kipp in Windscheid c. l., Cosack § 127 II 3 S. 443 f.; vgl. Eck § 75 S. 450, Aschheim S. 29.

8) Schollmeyer S. 112, Stratmann S. 8, 21.

9) Engelmann § 119 VII A 4 S. 341.

10) Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 704.

11) Kipp in Windscheid c. l., Kloß S. 287.

getreten. — Die Wandelung sei mit der Einverständniserklärung des Käufers vollzogen, oder, im Falle seiner Weigerung, gemäß § 894 der Civilprozeßordnung, mit der diese ersetzenden Verurteilung des Verkäufers zur Abgabe einer derartigen Willenserklärung [12]). Dies gelte als geschehen, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt habe [13]). Diese Klage auf Abgabe der Zustimmungserklärung könne mit der Klage auf Rückgewähr verbunden werden [14]).

Als Normalfall stelle das Bürgerliche Gesetzbuch die außergerichtliche Vollziehung der Wandelung in Form des Vertrages auf, die klageweise Durchführung des Wandelungsanspruches berücksichtige es erst in zweiter Linie [15]).

Diese Konstruktion habe in dem Gesetze in den §§ 462, 465 zwingenden Ausdruck erhalten, auch die Vorberatungen des Gesetzes, namentlich in der zweiten Kommission, ergäben gemäß den Protokollen durch nicht falsch zu deutende Fingerzeige [16]), daß diese Konstruktion der Wandelung von den gesetzgebenden Faktoren gewollt sei.

§ 7.

Die Rücktritts- und Restitutionstheorie.

Die zahlreichen Gegner der Vertragstheorie, unter denen die folgenden sind: Beith, Ebert, Eccius, Eck, En-

---

12) Kipp in Windscheid c. l., Endemann § 161 3 Anm. 37 S. 995 f., Engelmann § 119 VII A. 3 S. 340.

13) Planck II Erl. 2 zu § 465 S. 250, Oertmann Kom. 3a zu § 462 und 1 c γ zu § 465, S. 372 und 380, Kloß S. 289, Stahl S. 25, R. Fischer S. 36, Leistner S. 39.

14) Planck II Erl. 2 h zu § 467 S. 253, Oertmann c. l. u. in D. Recht. 1 S. 5, Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 704, Endemann § 161 3 Anm. 37 S. 995, Flechtheim in Gruchot S. 74, Kuhlenbeck S. 260 Anm. 1, Kloß S. 290, R. Fischer S. 37, Kaulbach S. 38, Stratmann S. 31, Stahl S. 26, Aschheim Seite 42.

15) Planck II Erl. 2 zu § 465 S. 250, Oertmann Kom. 3 zu § 462 S. 372, Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 703, Endemann § 161 3 S. 993, Leistner S. 36, Stratmann S. 8.

16) Protokolle II Bd. 1 S. 710.

necc er us, Haymann, Heuer, Huch, O. Fischer, R. Leonhard, Lobe, Matthiaß, Mensing, Neumann[1]), Scherer, Staub und Thiele, erkennen an, daß die Vertragstheorie nach dem Willen der Kommission zur Vornahme der zweiten Lesung in dem Bürgerlichen Gesetzbuch zum Ausdruck kommen sollte[2]), Lobe rühmt sogar ihre juristische Feinheit[3]), sie machen ihr jedoch durchweg den Vorwurf praktischer Undurchführbarkeit und bestreiten, daß sie unabweisbar im Gesetze gegeben sei[4]). „Sie berge eine große Anzahl von Komplikationen in sich und führe, namentlich wenn es sich um die zwangsweise Durchführung des Wandelungsanspruches handele, zu Ergebnissen, die für die Praxis nichts weniger als zweckmäßig seien und unsere künftige Rechtsprechung erheblich verschlechtern würden, wenn wir gezwungen sein sollten sie anzunehmen“[5]). Sie stehe mit anderen Gesetzesbestimmungen, so auch mit denen der Wandelung selbst in Widerspruch und führe in der praktischen Durchführung zu geradezu unannehmbaren Resultaten. „Alle diese fast unüberwindlichen konstruktiven und praktischen Schwierigkeiten“[6]) führten dazu, daß zahlreiche Anhänger Eccius in dem Bestreben folgten die für unpraktisch gehaltene Konstruktion aus dem Gesetze zu entfernen und mit ihm behaupteten, daß die Vertragskonstruktion zwar aus dem Gesetzestexte herausgelesen werden könne, zum wenigsten aber in dem Gesetze keinen zwingenden Ausdruck gefunden habe. Eccius behauptet, daß das Verlangen des Käufers im § 465 „sich nicht darstellt als ein rechtsgeschäftliches Anerbieten, das den Anerbietenden binden soll, eine Antwort abzuwarten, und das darauf abziele, vorher nicht vorhandene Rechte, unter Umständen

1) Neumann in der 2. Aufl., in der 1. Aufl. steht Neumann auf Seite der Vertragstheorie.

2) Staub Anm. 46 zu § 377 S. 1359, Eccius S. 327, Thiele S. 394.

3) Lobe S. 107.

4) Enneccerus § 247 I 2 S. 605, Neumann Kom. II 1 zu § 462 S. 221.

5) Lobe S. 107, Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 500.

6) Staub c. l.

auch eigene Pflichten zu begründen, vielmehr stelle sich das Verlangen dar als der Ausfluß eines nach Ansicht des Verlangenden ihm bereits zustehenden Rechtes, dem der andere Teil sich beugen solle." Der Wortlaut des § 465 nötigt Eccius jedoch zu der Auffassung, daß das vom Käufer zum Ausdruck gebrachte Verlangen „nicht das Verlangen der Wandelung selbst sei, sondern das Verlangen eine zustimmende Erklärung zur Wandelung zu erlangen"[7]. Indessen ergebe eine Bestimmung des Gesetzbuches, daß das Wandelungsverlangen auch ohne einen daraufhin zustande gekommenen Vertrag mit rechtlicher Wirkung so geltend gemacht werden könne, wie wenn rechtswirksam der Rücktritt vom Vertrage erklärt wäre[8]. Denn „noch nach Ablauf der Verjährung, der Gewährleistungsansprüche — also unter der Voraussetzung, daß die Wandelung oder Minderung nicht durch Erklärungen gemäß § 465 in Vollzug gesetzt worden, — könne nach § 478 die eingeforderte Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigert werden, als der Käufer dazu auf Grund der Wandelung oder Minderung berechtigt sein würde" ... „Dieselbe Weigerung müsse also notwendig auch schon vor Ablauf der Verjährung in derselben Weise zulässig gewesen sein"[9].

Wenn der Verkäufer nicht rechtzeitig auf das Anerbieten des Käufers antworte, oder es ablehne, so enthalte das Gesetz keinen Anhalt dafür, daß der Verkäufer das Einverständnis nicht ablehnen durfte und verurteilt werden müsse, mit dem Käufer einen Wandelungsvertrag abzuschließen. Das Gesetz führe nicht zu der Folgerung, daß gerade nur durch Abschluß eines Wandelungsvertrages die Wandelung vollzogen werden könne[10]. Aus dem Gesetze gehe nur hervor, daß die Wandelung auch durch einen Wandelungsvertrag in Vollzug gesetzt werden könne. In dem § 465 ziele das Gesetz nur darauf ab, einen Zeitpunkt festzusetzen, in welchem dem Käufer das Recht abgeschnitten sei, von dem Wandelungsverlangen wieder abzugehen[11]. „Bei dieser Auffassung des Gesetzes bestehe keine Notwendigkeit, nicht einmal

---

7) Eccius S. 323. 8) Eccius S. 321, 322.
9) Eccius S. c. l. 10) Eccius S. 324.
11) Eccius S. 325, 324.

eine Möglichkeit, bei nicht erreichter Einigung auf Abschluß eines Wandelungsvertrages zu klagen, — ohne solchen Vertrag und ohne die Notwendigkeit, einen solchen Vertragsschluß zu versuchen, — könne der Käufer, gestützt auf den Anspruch, daß der Verkäufer sich jeder Forderung aus dem rückgängig zu machenden Kaufvertrage zu enthalten habe, sich weigern, das unbezahlte Kaufgeld zu zahlen" [12]).

„Ebenso könne ohne Vertragsschluß auf Wandelung und ohne den Versuch eines solchen der Käufer, der im Besitz der Kaufsache sei, auf Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises und auf Ersatz der Vertragskosten gegen Rückgabe der Kaufsache klagen, kurz alle Ansprüche erheben, zu denen die im § 467 geregelte Wandelung Anlaß gebe" [13]). Diese Ansprüche würden durchgesetzt im Wege des berechtigten Rücktritts von einem Vertrage mit den durch § 467 modifizierten Folgen [14]).

Das Verlangen der Wandelung sei also keine rechtsgeschäftliche Erklärung. „Es könne in der Form einer Klage ebensowohl erhoben werden wie in der Form der Privaterklärung.

Davon verschieden sei aber das von diesem Verlangen geleitete, aber zunächst nur auf Zustimmung gerichtete Verlangen des § 465. Das sei eine Vertragsofferte, die den Anbietenden nötige, die Erklärung des anderen Teiles abzuwarten; diese aber müsse sofort oder in der etwa gestellten Frist erfolgen, bei bejahender Erklärung könne der Käufer nicht mehr zu einem andern Verlangen übergehen. Beide Teile hätten jetzt nur die Vertragsrechte aus dem geschlossenen Vertrage. Käufer sei aber nicht genötigt, den Vertragsversuch zu machen; er könne sofort, und er könne ebenso nach gescheitertem Vertragsversuche, die Rückgängigmachung durchzusetzen, also so klagen, wie wenn er mit Recht zurückgetreten wäre, mit den Erweiterungen dieses Klagerechts, die § 467 ihm einräume" [15]).

Von diesem Standpunkte aus müsse, außer dem wirksam erklärten Einverständnis des Verkäufers, auch jeder Beginn mit der

---

12) Eccius S. 325. 13) Eccius S. 326.
14) Eccius c. l. 15) Eccius S. 327.

Erfüllung des Wandelungsverlangens, der als solcher von dem Käufer entgegengenommen sei, den Käufer an die Wahl des Wandelungsanspruches binden. Keine Bedeutung könne der Prozeßerhebung beigemessen werden, innerhalb des Prozesses könne die Klage geändert werden, nicht einmal das rechtskräftige Urteil binde den Käufer an seine Wahl. „Ein anderes Ergebnis wäre zu gewinnen, wenn das Gesetz zum Ausdruck gebracht hätte, daß die Wandelung auch durch Urteil vollzogen werde. Dann wäre es in die Macht des Gerichts gestellt, das Vertragsverhältnis durch seine Entscheidung umzugestalten. Da das Gesetz nichts davon enthalte, seien Käufer und Verkäufer die einzigen, die, abgesehen von dem Vertragsschluß, die Wandelung durch Leistung vollzögen“ [16]).

Demnach erblickt Eccius in der Wandelung die Betätigung eines Rücktrittsrechts, welches, abgesehen von dem Falle der vertragsmäßigen Einigung gemäß § 465, in der Regel durch eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem anderen Teile, oder in der Form der Klage, ausgeübt wird. Soweit rechtfertigt sich für diese Konstruktion die Bezeichnung als „Rücktrittstheorie.“

Während Eccius, da das Rücktrittsrecht kein Anspruch ist, für die Fälle der Vollziehung der Wandelung, abgesehen von dem des § 465, das Bestehen eines „Anspruchs“ im Sinne des § 194 B.G.B. leugnen muß, und dies namentlich für den Fall tut, daß noch von keiner Seite geleistet ist [17]), erkennen andere Gegner der Vertragstheorie die Gestaltung des Wandelungsrechtes als eines Anspruches an [18]).

Von den Anhängern dieser Theorie wird der Standpunkt vertreten, daß der Wandelungsanspruch direkt auf die tatsächliche Rückgängigmachung der vollzogenen Leistungen gehe. — Wie im

---

16) Eccius S. 331, 332.

17) Eccius S. 325 Anm. 34; vgl. S. 322 u. 318 f., R. Fischer S. 41.

18) Neumann Kom. I zu § 462 S. 220, Lobe S. 104, Thiele S. 403, Mensing S. 3, Eck § 75 S. 449, R. Leonhard in Ecks Vorträgen § 75 S. 451 Anm. 3, Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 498 ff.

römischen und gemeinen Recht sei der Anspruch des Käufers, falls er schon geleistet habe, auf die Rückzahlung des Kaufpreises gerichtet, falls der Käufer seine Leistung noch nicht gemacht habe, auf das Unterlassen jeder Forderung von seiten des Verkäufers. Wenngleich durch die Wandelungserklärung der Vertrag noch nicht beseitigt würde, so sei dieser Rückerstattungsanspruch doch bereits erzeugt. Eine außergerichtliche Geltendmachung der Wandelung durch Vertrag sei zwar möglich, die gerichtliche Geltendmachung des Wandelungsanspruches habe jedoch in derselben Weise stattzufinden wie im gemeinen Recht, die Klage könne direkt auf Rückgewähr der gemachten Leistungen gerichtet werden [19]).

Eck meint, daß allerdings die Konstruktion der Vertragstheorie der Vertragsnatur der Wandelung entspreche, indessen wäre die Konstruktion eines Antrages auf Verurteilung zu einem Vertragsschlusse mit einem unbestimmten Inhalte sonderbar [20]), er wünscht, daß bei der Wandelung, da die Verurteilung des Verkäufers durch den Richter aus eigener Kraft den Kaufvertrag nichtig mache, dahin zu erkennen sei, daß der Kaufvertrag aufgehoben und der Beklagte schuldig sei, den Kaufpreis zurückzugeben.

Ihm schließt sich R. Leonhard an, „Wandelung sei eben nichts als Verwandlung des gegenwärtigen Zustandes in den früheren" [21]).

Auch Staub findet, daß nach der Fassung des Gesetzes der Anspruch auf Wandelung nur als ein ganz einfacher Anspruch auf Aufhebung des Kaufvertrages anzusehen sei, der, „ganz so wie die frühere actio und exceptio redhibitoria, von dem Käufer, der bereits geleistet hat, durch die Klage auf Rückleistung

---

19) Ebert in Fischer-Henle Note 3 zu § 465 S. 232, Enneccerus § 247 I 2 c S. 605, Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 499 ff., Matthiaß D.J.Z. S. 205 208, Neumann Kom. II 2 zu § 462 S. 221, Kom. 1 b zu § 465 S. 223.

20) Gemeint ist die Klage auf Minderung. Eck § 75 S. 451.

21) R. Leonhard in Eck's Vorträgen § 75 S. 451 Anm. 3. So empfiehlt auch Thiele S. 427, eine Formulierung des Klageantrages dahin: „Den Beklagten zu verurteilen unter Aufhebung des Kaufvertrages den Kaufpreis von so und so viel zurückzuzahlen".

geltend gemacht werde, von dem Käufer, der noch nicht gezahlt hat, durch die Einrede gegen die Klage auf Zahlung“ [22]). Dies sei der Standpunkt des gemeinen Rechts gewesen, entspreche dem natürlichen Empfinden und sei in der Praxis leicht anwendbar. Da diese Theorie gleich wie die actio redhibitoria eine quodammodo in integrum restitutio anstrebt, rechtfertige sich der Name „Restitutionstheorie“.

In dem Folgenden soll untersucht werden, welche von den drei Theorien im Gesetze zum Ausdruck gebracht ist, und welche Folgerungen sich aus der Beantwortung dieser Frage ergeben.

III. Feststellung der im Gesetzestext gegebenen Konstruktion.

§ 8.

§ 462 B.G.B.

„Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.“

Somit stehen dem Käufer wegen eines Mangels der Kaufsache zwei Ansprüche zu; er kann nach Wahl Wandelung oder Minderung verlangen.

Unter Umständen sind dem Käufer noch weitere Rechte gegeben, er kann

1. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen,
   a) wenn der Sache im Falle des Spezieskaufes beim Vertragsabschlusse, im Falle des Genuskaufs beim Übergange der Gefahr eine zugesicherte Eigenschaft fehlte (§§ 463, 480 B.G.B.), oder wenn
   b) der Fehler, auf Grund dessen Gewährleistung verlangt werden kann, arglistig verschwiegen war (§§ 463, 480 B.G.B.),

---

22) Staub Anm. 46 zu § 377 S. 1359.

2. hat ferner, speziell bei dem Genuskauf, der Käufer das Recht, statt der Wandelung oder der Minderung zu verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert werde (§ 480 B.G.B.).

Im Gegensatz zu den Ansprüchen auf Wandelung und Minderung „enthält das einseitige Begehren des Schadensersatzes die Geltendmachung des Anspruches auf die demnach dem Verkäufer obliegende Leistung zur Hingabe von Geld und anderem zwecks Ausgleichung des Schadens. Eine Vollziehung dieses Begehrens im Sinne des § 465 gibt es nicht" [1]).

Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob nicht der Käufer statt alles dessen (wie im Allgem. Landrecht I 5 § 325) Erfüllung, Nachlieferung, Herstellung der ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaft, Nachbesserung verlangen kann [2]); ob nicht der Verkäufer durch nachträgliches Angebot mangelfreier Lieferung und Besserung des Mangels die Ansprüche des Käufers abwenden kann. — Das Gesetzbuch bestimmt hierüber nichts. Einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels hat der Käufer, wenn der Verkäufer die Herstellung der fehlenden Eigenschaft versprochen hat, nicht, wenn er sie nur als vorhanden zugesichert hat [3]). Außerdem kann

1) Kloß S. 289.

Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 III S. 70, bemerkt, daß die Praxis außerdem nach dem Vorbilde des preußischen Rechts (Allgem. Landrecht I 11, § 104, 5, §§ 277 ff., 360, 363 ff.) Schadensersatz wegen Verschulden des Verkäufers nach §§ 467, 347, 989, 275 ff. B. G. B. zulasse. „Wollte man das nicht zulassen", heißt es in den Entsch. d. Reichsger. Bd. 52 S. 19, „so würde der einen allgemeinen Grundsatz aussprechende § 276 erheblich an Bedeutung verlieren, was nicht als von dem Gesetze gewollt angenommen werden kann".

Da die gemäß § 477 B. G. B. angeordnete kurze Verjährungsfrist für Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft sich nicht auf Schadensersatz wegen bloßen Verschuldens erstreckt, so läßt sie das Reichsgericht (Entsch. d. Reichsger., Bd. 53 S. 200) hier im Wege der Analogie eintreten. Dernburg c. l., erblickt, falls sich diese Jurisprudenz befestige, hierin eine Korrektur des Gesetzbuches.

2) Eck § 75 S. 448 u. Anm. 1, Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 498, Planck II Erl. 4 zu § 462 S. 249.

3) Eck c. l.

ein solcher Anspruch nur dann entstehen, wenn er nach Vertragsschluß von dem Verkäufer verschuldet ist [4]). Es ist zwar die Zulässigkeit der Ansprüche auf Wandelung und Minderung nicht davon abhängig, daß der Verkäufer außerstande ist, den Mangel zu beseitigen, der Käufer wird aber doch unter Umständen nach den Grundsätzen über Treu und Glauben, und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 157, 242, 266 B.G.B.) dem Verkäufer die Beseitigung des Mangels freistellen müssen, z. B. wenn binnen kurzer, den Käufer nicht beeinträchtigender Frist Besserung des Mangels erfolgen kann und vom Verkäufer angeboten wird [5]).

Wie im gemeinen Recht kann der Käufer zwischen dem Anspruche auf Wandelung und dem auf Minderung wählen. Das Schuldverhältnis ist kein alternatives, sondern gewährt nur eine facultas alternativa, es ist hier nur eine Leistung geschuldet, eine Wahlschuld liegt nicht vor [6]). Es soll jeder der dem Käufer zustehenden Ansprüche in Ermangelung besonderer Vorschriften so lange bestehen bleiben, bis einer derselben befriedigt wird [7]).

Ebenso wenig wie bei der außergerichtlichen Einigung des jus variandi des Käufers mit der Offerte erlischt, wird es durch die Klageerhebung beendet. Auch noch während der Klage kann

---

4) Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 498, Planck II Erl. 4 zu § 462 S. 249 u. Erl. 1 a zu § 459 S. 246.

5) Matthiaß c. l., Planck c. l., Andr. M. Endemann § 161 Anm. 20 S. 989.

6) Planck II Erl. 1 zu § 465 S. 250, Ebert in Fischer-Henle Note 1 zu § 462 S. 231; vgl. § 262 Note 1 S. 142, Endemann § 161 3 und Anm. 32 S. 993 f., Enneccerus § 247 I S. 603, Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 498 ff., Oertmann Kom. 1 c γ zu § 465 S. 381, Eck § 75 S. 447, Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 VI Anm. 15 S. 73. Abweichend Cosack § 127 II 3 b S. 444. — Kloß S. 286, will die Grundsätze über Wahlobligationen anwenden, bei denen der Gläubiger das Wahlrecht hat, § 262 BGB., aber nur für den Fall, daß der Käufer die allgemeinen Rechtsbehelfe wähle, da für das Wahlrecht betreffend die besonderen Rechtsbehelfe wegen Mangel der Sache Sondervorschriften gelten.

7) Planck c. l., Enneccerus § 247 I S. 536, Endemann, § 161 3 u. Anm. 36 S. 994, Eccius S. 316, Eck § 75 S. 449, Kloß S. 291.

der Käufer von dem einen Anspruch auf den anderen übergehen [8]). Erst die Erhebung der einseitigen Wahl zum zweiseitigen Wahlvertrage durch die Einverständniserklärung des Verkäufers, resp. durch das dieselbe gemäß § 894 C.P.O. ersetzende rechtskräftige Urteil, bindet den Käufer an die erklärte Wahl, bis zu diesem Zeitpunkte hat der Käufer das jus variandi [9]). Auch Eccius ist der Ansicht, daß die Klage noch innerhalb des Prozesses geändert werden könne, weitergehend behauptet er, daß nicht einmal das rechtskräftige Urteil den Käufer binde [10]). Auf seine Frage, wodurch sich denn diese an sich wünschenswerte Gebundenheit begründen solle, antwortet Staub mit Recht, „auf die Rechtskraft, das richterliche Erkenntnis, res judicata jus facit inter partes" [11]).

Ebenso bindet aber noch den Käufer die tatsächliche Erfüllung seines Anspruches durch den Verkäufer, freiwillige Zahlung, Zwangsvollstreckung, Aufrechnung und dergleichen [12]).

8) Eck § 75 S. 451, Oertmann Kom. 2 zu § 465 S. 381. Hierüber bestimmt § 264, C.P.O.: „Nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit ist eine Änderung der Klage nur zuzulassen, wenn der Beklagte einwilligt oder wenn, nach dem Ermessen des Gerichts, durch die Änderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird." Da beide Klagen von derselben Voraussetzung ausgehen, dürfte Letzteres nicht anzunehmen sein. So Eck § 75 S. 451, R. Leonhard in Eck's Vorträgen § 75 S. 451 Anm. 3; Neumann Kom. 5 b zu § 465 S. 224 erblickt hier überhaupt keine Klageänderung und will § 268 N. 3 C.P.O. anwenden: „Als eine Änderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Änderung des Klagegrundes statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird". Vgl. Entsch. d. Reichsger. in der Jur. Wochenschrift, Jahrg. 1898 S. 388 Berlin, ebenso Planck II Erl. 2 zu § 465 S. 250, vgl. aber Erl. 2 zu § 475 S. 256.

9) Oertmann Kom. 2 b zu § 465 S. 381 f., Planck II Erl. 1 u. 2 zu § 465 S. 250, Kuhlenbeck S. 259, Endemann § 161 3 Anm. 36 S. 994, Stratmann S. 22, Aschheim S. 29 f., Leistner S. 37.

10) Eccius S. 331 f., ebenso Cosack § 127 II 3 b S. 444.

11) Staub Anm. 49 zu § 377 S. 1361, Oertmann Kom. 2 b zu § 465 S. 381 f.

12) Cosack c. l., Oertmann Kom. 2 c γ zu § 465 S. 382, R. Leonhard in Eck's Vorträgen § 76 S. 458 Anm. 2, Thiele S. 412,

„Wegen eines Mangels kann der Käufer Wandelung oder Minderung verlangen“ bestimmt das Gesetz. Der Ausdruck „verlangen“ in § 462, sowie die Worte „auf Verlangen“ in § 465 lassen keinen Zweifel darüber bestehen, daß dem Käufer ein „Anspruch“ gegen den Verkäufer auf Grund seines Wandelungsrechtes gegeben ist[13]). Einen „Anspruch“ kennzeichnet § 194 B.G.B. als „das Recht, von einem Andern ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen.“ Das Gesetz spricht in den §§ 477, 478, 479 von den „Ansprüchen auf Wandelung“ und die Protokolle über die Beratungen der zweiten Kommission lassen zweifellos erkennen, daß, gegenüber der Absicht der Minderheit, das Recht des Käufers als ein Rücktrittsrecht zu konstruieren, das durch die innerhalb einer gesetzlichen Frist ab-

---

Leistner S. 37, Eccius S. 330 f. Mehrfach wird behauptet, daß auch schon die nur teilweise Rückgewähr des Preises an den Käufer konzentrierend wirke, die Wahl unwiderruflich mache und die Wandelung vollziehe. So Cosack c. l.: „Dies sei zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch sei der Satz unentbehrlich, wenn der Verkäufer nicht in die übelste Lage gebracht werden solle“. Ebenso Leistner c. l., der zur Unterstützung dieser Ansicht den § 264 Abs. 1 BGB. anführt, wonach ein vorhandenes Wahlrecht zu Gunsten derjenigen Schuldner erlösche, seitens deren eine ganze oder teilweise Befriedigung des Gläubigers erfolgte. Dafür auch R. Leonhard c. l., Thiele c. l. Anderer Ansicht ist jedoch Oertmann c. l., weil darin nicht das im Sinne der Vertragstheorie erforderliche Einverständnis über die Wandelung zu finden sei. So auch Entsch. d. Reichsger. Bd. 52 S. 359.

13) Mithin wird zugleich negativ bestimmt, daß der Käufer durch einseitige Erklärung dies nicht erwirken kann. Ein Rücktrittsrecht im Sinne des Bürgerl. Gesetzbuchs liegt in dem Verlangen auf Wandelung nicht. Endemann § 161 3 Anm. 36 S. 994, Staub Anm. 49 zu § 377 S. 1360, Engelmann § 119 VII A 3 S. 340, Neumann Kom. I zu § 462 S. 220, Leistner S. 37, so auch Eck § 75 S. 449 f.: „Der zur Wandelung Berechtigte hat nicht etwa ein Rücktrittsrecht, das durch einseitige Erklärung bindend wäre. Erst wenn der Verkäufer auf den Wandelungs- oder Minderungsanspruch eingeht, ist der Käufer an diesen Anspruch gebunden“. . . . „Die Wandelung oder Minderung erfolgt auch ohne Klage und ohne richterlichen Ausspruch durch Vertrag, nicht durch einseitige Erklärung des Käufers“. So auch R. Leonhard in Eck's Vorträgen § 75 S. 451 Anm. 3.

zugebende Erklärung des Käufers vollzogen werde [14]), die Ansicht siegreich geblieben ist, das Recht des Käufers als einen kurzer Verjährung unterworfenen Anspruch zu gestalten [15]).

Auch Eccius erkennt an, daß diese Konstruktion beabsichtigt ist [16]), er gibt das Bestehen eines Anspruches in dem Falle des § 465 zu [17]), behauptet aber, daß in dem Gesetze selbst dagegen andere Fälle hervorträten, in denen das Wandelungsrecht durch eine einseitige Erklärung nach der Art der Ausübung des Rücktrittsrechts geltend gemacht werde [18]), und daß namentlich auch dann dem Käufer kein Gewährleistungsanspruch zustehe, wenn der Käufer selbst noch nicht gezahlt habe, respektive wenn noch von keiner Seite geleistet ist [19]).

Es zwingt aber nichts zu der Annahme, daß, entgegen den von dem Gesetze so konsequent durchgeführten Bezeichnungen, und entgegen den bei den Vorberatungen nachweislich siegreich gebliebenen Absichten der Mehrheit der zweiten Kommission, der Gestaltung des Wandelungsrechtes in dem Gesetze eine zweifache Konstruktion zu Grunde gelegt sei, namentlich dann keineswegs, wenn die im Gesetze zum Ausdruck gebrachte und unzweifelhaft beabsichtigte Konstruktion ohne erhebliche Schwierigkeiten durchführbar ist. Daß dies im Gegensatz zu der Konstruktion der Rücktrittstheorie möglich ist, wird im weiteren Verlaufe der Dar-

14) Nach dem Entwurfe 1 § 384 sollte das Wahlrecht des Käufers durch die einseitig von ihm dem Verkäufer gegenüber abgegebene Erklärung unwiderruflich vollzogen sein.

15) Protokolle II Bd. 1 S. 674 ff., 708, 800, Motive II S. 238 f.

16) Eccius S. 317.

17) Eccius S. 323 ff.

18) Eccius S. 322, 327.

19) Eccius S. 325 Anm. 34: „Der Käufer könne nur verlangen, daß der Verkäufer die Geltendmachung irgend welcher Rechte aus dem Kaufe unterlasse. Da er wegen dieses Anspruchs befriedigt sei, so lange der Verkäufer nicht klage, habe er zur klageweisen Verfolgung seines Anspruchs nie Anlaß, im Falle der Klage verfolge er seinen Anspruch durch Weigerung. Eine Klage auf Feststellung seiner Freiheit von der Kaufgeldschuld habe er nur in den Grenzen der Feststellungsklage. Daher sei es die Frage, ob man ihm einen Gewährleistungsanspruch im Sinne des Gesetzes zuschreiben könne".

stellung sich ergeben. — Zunächst ist schon die Bezeichnung des Wandelungsrechtes als eines „Anspruches" unvereinbar mit der Auffassung, daß die Wandelung durch eine einseitige Erklärung des Käufers im Sinne einer rechtsvernichtenden Tatsache, entsprechend der Rücktritts- und Anfechtungserklärung vollzogen werden könne. Wäre diese Auffassung richtig, so müßte die Wandelung als ein „Recht des rechtlichen Könnens" [20]), nicht aber als ein „Anspruch" bezeichnet werden. — Des weiteren widerspricht dieser Gestaltung die nicht wegzudeutende Anerkennung des Wahlrechts des Käufers zwischen Wandelung und Minderung bis zur erfolgten Einwilligung des Verkäufers [21]). — Durch eine einseitige Erklärung nach der Art der Ausübung des Rücktrittsrechts kann der Käufer die mit der Wandelung verbundenen Rechtsfolgen nicht herbeiführen [22]).

Die schon von Eccius aufgeworfene Frage, ob man dem Käufer auch dann einen Gewährleistungsanspruch zuschreiben könne, wenn er selbst noch nicht geleistet habe, verneint R. Fischer [23]), der im übrigen ein Anhänger der Vertragstheorie ist. „Wenn der Käufer selbst noch garnicht gezahlt habe, stehe ihm kein Anspruch im Sinne des § 194 B.G.B. zu, da er keine

---

20) So auch „Kann-Rechte" benannt von Zitelmann Intern. Pr.-R. II S. 32 ff. unter Verallgemeinerung der von Enneccerus Rechtsgeschäfte II S. 600 ff. aufgestellten Kategorie der „Erwerbsberechtigungen".

21) Oertmann Kom. 1 a zu § 465 S. 378 f., Staub Anm. 49 zu § 377 S. 1360.

22) Endemann § 161 3 S. 993, Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 704, Leistner S. 37, Engelmann § 119 VII A 3 S. 340, Lobe S. 104, Thiele S. 403, Huch S. 42. Gegen diese Konstruktion wendet Eck § 75 S. 449 f. ein, daß es eine Härte für den Käufer wäre in den Fällen, in welchen nach der dem Verkäufer gegenüber abgegebenen Erklärung sich die Umstände geändert haben, der Verkäufer z. B. in Konkurs verfällt, so daß dem Käufer anstatt des Kaufpreises nur die bezügliche Konkursdividende zufiele (wenn er sich vorher für Wandlung erklärt hätte). Für beide Teile wäre eine solche Kraft der einseitigen Erklärung insofern unbequem, als noch lange Zeit hindurch darüber gestritten werden könne, ob sie berechtigt gewesen sei.

23) R. Fischer S. 41 ff.

Leistung im Sinne des § 241 B.G.B. fordern könne, sondern vielmehr ein Recht für sich selbst, nämlich Zahlung zu verweigern, den Gegenanspruch des Verkäufers abzuwehren. Das könne man doch nicht Anspruch nennen, da es sich um ein Tun oder Unterlassen des Verkäufers ja garnicht handele. Nehme man mit Eccius an, daß der gegebene Anspruch auf gänzliche oder teilweise reale Zerstörung der Kaufpreisforderung des Verkäufers ziele, so könne der Käufer, der noch nicht gezahlt hat, höchstens auf Feststellung klagen, wenn er ein Interesse daran haben sollte, respektive einfach — ope exceptionis (befreiendes Gegenrecht) — die Zahlung auf Grund seiner Wandelungsbefugnis verweigern. Man müsse zugeben, daß dieses Wandelungsrecht des Käufers, so wie es nach der Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches hervorgegangen sei, nämlich als Recht zu verlangen, daß der Verkäufer einem zu schließenden Vertrage zustimme, sich nicht gut als ein Recht, von ihm ein Tun (Zustimmen? Abgabe einer Willenserklärung?) zu verlangen, darstellen lasse, daß also die Konstruktion dieses Rechtes eine gesuchte sei. Die Befugnisse des Käufers seien weitere, als sie ein Anspruch gewähren könne."

Allerdings geht im Sinne der Vertragstheorie der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf die Abgabe einer Zustimmungserklärung des letzteren zu dem Abschlusse des ihm von dem Käufer angebotenen Wandelungsvertrages, dessen alleinigen Inhalt die Aufhebung des Kaufes bildet. Ob der Käufer geleistet hat oder nicht, kommt hierfür nicht in Betracht. Ist diese Zustimmung erfolgt, oder durch rechtskräftiges Urteil ersetzt, so entsteht erst auf Grund der so vollzogenen Wandelung, als Folge dieses Aufhebungsvertrages, für den Käufer, der bereits geleistet hat, der Anspruch auf Rückgewähr, für den Käufer, der noch nicht geleistet hat, der Anspruch auf gänzliche oder teilweise Befreiung von den durch den Vertrag entstandenen Verbindlichkeiten, auf das Unterlassen jeder Forderung von seiten des Verkäufers gegen Ausfolgung desjenigen, was der Käufer erhalten hat [24]). Ein „Anspruch" im Sinne des § 194 B.G.B. ist nicht nur das Recht

---

24) Vgl. § 17 S. 76 f., Protokolle I S. 781, Huch S. 40.

von einem andern ein „Tun“, sondern auch ein „Unterlassen“ zu verlangen, eine Leistung im Sinne des § 241 Satz 2 kann auch in einem „Unterlassen“ bestehen. „Wenn eine Person kraft Rechtspflicht zu einem Unterlassen verbunden ist, so ist nach der Auffassung des B.G.B. (arg. § 198 Satz 2) sogleich ein Anspruch gegeben [25]; er entsteht nicht etwa erst mit dem Zuwiderhandeln. Solange der Schuldner unterläßt, erfüllt er den Anspruch.“

Eine Verurteilung aus diesem Anspruche ist also der Natur der Sache nach niemals wegen der Vergangenheit, sondern ausschließlich für die Zukunft denkbar, also als Verurteilung auf „künftige Leistung“ [26]. „Die Frage nach der Existenz und Fälligkeit eines Anspruchs und die Frage nach der Möglichkeit, ihn klageweise zu verfolgen, sind wohl auseinander zu halten. Jene können vorliegen und trotzdem kann das Recht zur Klage fehlen. Ebenso kann umgekehrt das Recht zur Klage vorhanden sein, obwohl der Anspruch noch nicht fällig ist“ [27]. — Gemäß der Vertragstheorie können, wie später festgestellt werden wird, beide Klagen, jene auf Abgabe der Zustimmungserklärung und jene auf Befreiung von der Verbindlichkeit, respektive auf das Unterlassen jeder Forderung, miteinander verbunden werden. Der Erfolg würde allerdings dem einer Feststellungsklage gleichkommen. Aber auch dies wäre für den Käufer von dem größten Wert, einmal, weil es Klarheit über seine Rechtslage schafft und ihn gegen plötzlich hervortretende Forderungen des Verkäufers sichert, dann aber auch, weil auf diese Weise der Käufer den Beweis für das Bestehen seines Wandelungsanspruches zu einer Zeit führen kann, in der es ihm beliebt, und er nicht gezwungen ist, damit zu warten, bis der Verkäufer mit dem Anspruche auf Kaufpreiszahlung gegen ihn hervortritt, vielleicht erst zu einer Zeit, in der der Nachweis für das Bestehen der Mängel zur Zeit des Überganges der Gefahr nicht mehr, oder nur schwer zu führen ist [28].

---

25) Zustimmend Planck II Vorbemerkungen S. 3 ff.

26) Hellwig Anspruch S. 6. 27) Hellwig Anspruch S. 8

28) Über die Wandelungseinrede vgl. § 22.

Von den Anhängern der Restitutionstheorie wird die Konstruktion des Wandelungsrechtes als ein Anspruch nicht bestritten. Sie wollen nur das verlangte „Tun“ nicht in der Abgabe einer Zustimmungserklärung, sondern direkt in der Rückgewähr der geschehenen Leistung sehen [29]. Welcher Art die Tätigkeit des Verkäufers sein müsse, um den Kauf rückgängig zu machen, ergebe sich aus der Natur der Sache und sei überdies auch noch dadurch bestimmt, daß gemäß § 467 die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht Anwendung finden sollten [30]. — Zur Rückgängigmachung gehöre demgemäß die Rückleistung von beiden Seiten [31], respektive die Befreiung des Käufers von der Verbindlichkeit zur Leistung, im Falle der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist [32]. — Wenn das Gesetz dem Käufer einen Anspruch auf Herstellung dieses status quo ante gebe, so müsse dies bedeuten: „Der Käufer könne von dem Verkäufer verlangen, daß dieser alles tue, was seinerseits zur Herstellung des status quo ante erforderlich sei, denn der Anspruch sei das Recht, von einem andern ein Tun zu verlangen“ [33]. — Das Verlangen des Käufers auf Herabsetzung des Kaufpreises scheine nur auf den Fall zu passen, daß vom Käufer noch nicht geleistet sei, und bedeute dann, daß der Käufer zu dem Verlangen berechtigt sei, daß ihn der Verkäufer von der Zahlungsverpflichtung teilweise befreie. Für den Fall, daß bereits Zahlung geleistet, sei der Anspruch auf Herabsetzung als Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises zu erstehen [34].

Vom Standpunkte der Vertragstheorie aus sind diese Bedenken nicht stichhaltig. „Der Käufer kann vom Verkäufer Herab-

---

29) Ebert in Fischer-Henle Note 3 zu § 465 S. 232, Eck § 75 S. 451, R. Leonhard in Ecks Vorträgen § 75 S. 451 Anmerk. 3, Beith S. 44.

30) Thiele S. 397, 403.

31) Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 499, Enneccerus § 247 I 2a S. 605, Mensing S. 4, ebenso Eccius S. 319 f.

32) Neumann Kom. II 2 zu § 462 S. 221.

33) Mensing S. 5.

34) Mensing c. l., Enneccerus § 247 I 2a S. 605, Eccius S. 333.

setzung des Kaufpreises verlangen." Wenn Mensing sagt: „Dieses Verlangen scheine nur auf den Fall zu passen, daß der Käufer den Kaufpreis noch nicht gezahlt habe, so kann doch die Herabsetzung des Kaufpreises und die Einigung über die Höhe der Herabsetzung nicht durch eine einseitige Bestimmung des Verkäufers erfolgen. Die dabei notwendig werdende Verständigung zwischen Käufer und Verkäufer wird notwendigerweise wieder in den Formen eines Vertrages erfolgen, und damit begibt man sich wieder auf den Boden der Vertragskonstruktion[35]). — Man kann nun nicht annehmen, daß die Mitglieder der zweiten Kommission in dem Rahmen eines und desselben Paragraphen bezüglich der Wandelung von einem anderen Bilde ausgegangen seien. Wenn im § 462 Wandelung als „Rückgängigmachung des Kaufes" definiert wird, so liegt kein Grund vor, diesen Begriff auf „beiderseitige Rückgewähr der Vollzugsleistungen" auszudehnen, wie es von seiten der Gegner der Vertragstheorie geschieht. Mit ebendemselben Rechte kann man unter „Rückgängigmachung" die bloße Beseitigung des Kaufvertrages und Begründung eines neuen Schuldverhältnisses mit der Verpflichtung zur Rückgewähr verstehen[36]).

Die Gegner behaupten, die Mitglieder der zweiten Kommission hätten ausdrücklich den Ausdruck „Rückgängigmachung" anstatt eines im Sinne der Vertragstheorie bezeichnenderen, etwa „Aufhebung", gewählt, um anzuzeigen, daß der Begriff „Wandelung" die unmittelbare Rückgängigmachung der Vertragsleistungen umfasse[37]). Es sei, nach Haymann, auch von den Anhängern der Vertragstheorie zugegeben, daß der sprachliche Ausdruck des Gesetzes „Rückgängigmachung des Kaufes" dies bedeuten könne, ja, an anderer Stelle[38]), daß es sogar herrschender Sprachgebrauch sei, „Rück-

---

35) Endemann § 161 3 Anm. 33 S. 993.
36) Stratmann S. 27.
37) Eccius S. 319, Haymann S. 526, Thiele S. 404.
38) Haymann S. 538.

gängigmachung des Kaufes" als „tatsächliche Aufhebung der Vertragswirkungen" zu definieren.

Dieser Behauptung kann man wohl widersprechen. — Oertmann nennt sie „eine ganz beweislose petitio principii" und bestreitet entschieden die Möglichkeit einer Auslegung, „die dem Gesetze ohne Not den Vorwurf einer liederlichen Redaktion einbringen müsse" [39]). — Das Wort „Rückgängigmachung" steht nur in den §§ 462, 634. Nach 467, 346 wird damit der Anspruch auf vertragsmäßige Auflösung und Wiederherstellung gemeint [40]). Wenn Eccius „Rückgängigmachung" auf „Rückgewähr der Leistungen selbst" beziehen will [41]), weil sonst § 462 von „Aufhebung" hätte sprechen müssen, so führt diese Bemerkung gerade zum gegenteiligen Schluß: Das Gesetz spricht in § 462 nicht von „Aufhebung", weil diese auch infolge einseitiger Kündigung usw. eintritt (§§ 628 Abs. 2, 649, 749 usw.), hier aber eine einseitige Erklärung nicht genügen sollte [42]).

Auch Mensing will die Richtigkeit der Vertragstheorie anerkennen, wenn „Rückgängigmachung des Kaufes" ausschließlich bedeute: „Aufhebung des Kaufvertrages als solchen", sie wäre richtig auch dann, wenn das Gesetz nicht von „Rückgängigmachung", sondern etwa von „Aufhebung des Kaufes" redete, denn dann wäre außer Zweifel gestellt, daß zunächst nur die Beseitigung der causa der bereits gemachten oder noch nicht gemachten Leistungen zu bewirken sei [43]).

Zunächst ist nun „Rückgängigmachung" an sich ein unbestimmter Ausdruck, der weder für die eine noch die andere Auffassung beweist. Die maßgebende Bedeutung hat nicht das einzelne Wort „Rückgängigmachung", sondern der ganze im Gesetz gewählte Ausdruck „Rückgängigmachung des Kaufes". Hierunter kann man nicht mehr beides verstehen: „Aufhebung des Kaufs" und „Rückgewähr der gemachten Leistung". Denn man müßte durchaus unterscheiden zwischen

39) Oertmann Das Recht. 1 S. 5.
40) Stahl S. 26. 41) Eccius c. l.
42) Endemann § 161 3 Anm. 36 a S. 994.
43) Mensing S. 8, vgl. dagegen Eccius S. 319.

dem „Kauf“ und der „Erfüllung des Kaufes“, den Leistungen, die erst Folge des Kaufes sind. Dann kann man auch nicht unter „Rückgängigmachung des Kaufes“, und nur davon spricht § 462, dasselbe verstehen wie „die Rückgängigmachung der zur Erfüllung des Kaufes vollzogenen Leistungen“, der Folgen des Kaufes. Wäre die gegnerische Ansicht richtig, so müßte man den § 462 dahin interpretieren, daß „Rückgängigmachung des Kaufes“ soviel bedeute wie „Rückgängigmachung der Vertragsleistungen“. Dann würden alle diejenigen Fälle von dem § 462 nicht getroffen, in denen von der einen oder anderen Seite noch nicht, oder doch noch nicht vollständig geleistet worden ist [44]).

Im § 462 ist die „Rückgängigmachung des Kaufes“ und „Minderung des Preises“ in Parallele gestellt. Mit Minderung, Herabsetzung des Kaufpreises, kann nur der rechnerische Vorgang einer entsprechenden teilweisen Aufhebung der Leistungspflicht, nicht der tatsächliche einer anteilmäßigen Zurückzahlung gemeint sein. „Die gegenteilige Meinung würde dem Wortlaute den schlimmsten Zwang antun und dem Begriffe der Minderung im § 462 einen anderen Sinn unterschieben, als er ihm in anderen Vorschriften innewohnt, so im § 465, wo die „„Minderung““ unstreitig nur eine entsprechende Vereinbarung bedeutet, auch in §§ 472 und 473“ [45]).

Hiermit dürfte der Beweis erbracht sein, daß „Rückgängigmachung des Kaufes“ im § 462 nichts anderes bedeutet als „Aufhebung des Kaufvertrages“ [46]). — Deshalb ist § 462 im Sinne der Vertragstheorie dahin auszulegen, daß der Käufer die Aufhebung des Kaufvertrages von dem Verkäufer verlangen kann, und zwar in der Form der Begründung eines neuen Vertrages. Der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer geht dahin, daß dessen Tun in der Einverständniserklärung zum Abschluß des Wandelungsvertrages zum Ausdruck komme. Der Anspruch auf Wandelung stellt sich dar als der Anspruch auf Annahme eines

---

44) Oertmann D. Recht. 1 S. 6.

45) Oertmann c. l.

46) Vgl. Kaulbach S. 6, Endemann § 161 3 Anm. 36a S. 994.

auf Wandelung, beziehungsweise Minderung, gerichteten Vertragsanerbietens. Die Wandelung besteht in der Rückgängigmachung des Kaufvertrages durch einen ihn aufhebenden Vertrag [47]).

Auch ein Gegner der Vertragstheorie, Mensing, gibt zu, daß für diese Konstruktion überwiegende Gründe der Zweckmäßigkeit sprechen. „Sie führe zu dem Ergebnisse, daß der Käufer im Verfolg seines Rechtes auf Wandelung, und bei Anerkennung desselben, geschehe sie nun freiwillig oder durch Richterspruch, sofort auch für sich selbst eine Bindung bezüglich der tatsächlichen Rückgewähr der von der Gegenseite empfangenen Leistungen erzeuge“ [48]). Gebe man dagegen dem Käufer sofort eine Klage auf Rückgewähr der Leistung, so sei der Verkäufer gezwungen, die gegenseitige Natur des Verhältnisses durch einen diesbezüglichen Einwand ausdrücklich geltend zu machen, um zu einer Verurteilung Zug um Zug zu gelangen.

Viele Gegner der Vertragskonstruktion finden schon allein im § 462 die Konstruktion des Wandelungsanspruches enthalten, welche derjenigen des bisherigen Rechts entspreche und im Sinne der gemeinrechtlichen actio redhibitoria dem Käufer das Recht gebe Rückgängigmachung des Kaufes zu verlangen [49]). Auch der § 467 zwinge keineswegs dazu, anzunehmen, daß die Rückgängigmachung des Kaufes den Abschluß eines Aufhebungsvertrages verlange, und daß erst dessen Abschluß die tatsächliche gegenseitige Rückleistung bedinge. „Im Gegenteil sei der Ausdruck „„Rückgängigmachung““ so weit, daß darin nicht nur die vertragsmäßige Aufhebung des Kaufvertrages, sondern auch die Herstellung des tatsächlichen Zustandes, wie er vor dem Kaufe bestand, recht wohl begriffen werden könne“ [50]).

Diese Ansicht ist oben wohl hinreichend widerlegt. Vor allem übersehen die Gegner bei diesen Einwänden den so wesent-

47) Planck II Erl. 3 zu § 462 S. 248.

48) Mensing S. 7.

49) Enneccerus § 247 I 2 S. 605, Lobe S. 115, Thiele S. 403, in anderer Weise auch Eccius S. 316 f.

50) Lobe c. l.

lichen § 465. Mensing macht sogar den Vorschlag, sich den § 465 einmal gänzlich ausgeschieden zu denken und anzunehmen, daß ausschließlich aus § 462, und allenfalls noch § 467, der Wandelungsanspruch konstruiert werden müsse. Dann werde man nicht leicht zu einem anderen Ergebnisse gelangen [50]).

Allein eine Interpretation des § 462, isoliert von anderen Gesetzesbestimmungen, ist unzulässig; obgleich, wie oben dargetan, auch schon allein aus dem § 462 die Vertragskonstruktion erhellt, ist es notwendig, die §§ 462, 465 ff. im Zusammenhang zu betrachten, um dann aus dem so gewonnenen Ergebnis festzustellen, welche Konstruktion in dem Gesetze zum Ausdruck gebracht ist.

§ 9.

§ 465 B.G.B.

„Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt."

Gegen diesen Paragraphen richten sich die heftigsten Angriffe der Gegner der Vertragstheorie.

Einige geben seiner Bestimmung nur die Bedeutung, „sie solle einzig und allein das jus variandi des Käufers beschränken" [1]). — § 465 enthalte eine Vollziehung der Wandelung im Sinne von Ausführung der Wandelung überhaupt nicht. § 465 besage, daß der Verkäufer jederzeit durch einseitig empfangsbedürftige Erklärung, ohne daß in dem Verlangen des Käufers ein Vertragsantrag erblickt wird, dem jus variandi des Letzteren ein Ende bereitet [2]). — Zweck und Bedeutung der Vorschrift des § 465 sei jedenfalls nicht die Absicht, eine grundlegende Definition des Wandelungsbegriffes und des Wandelungsanspruches zu geben, auszusprechen, daß allein durch einen Aufhebungsvertrag die Wandelung vollzogen werde, sondern vielmehr, daß ein solcher Aufhebungsvertrag, wenn er geschlossen

51) Mensing S. 8 f.

1) Lobe S. 116, Thiele S. 394.

2) Beith S. 53.

werde, den Käufer alsdann an die von ihm getroffene Wahl binde, daß die Wahl der Wandelung vollzogen sei[3]). — „Das Wahlrecht solle nicht schon durch einseitige Wahlerklärung des Käufers erschöpft sein," behauptet dagegen Matthiaß[4]), „sondern erst durch den Wandelungsvertrag." — „Mit der Vollziehung der Wandelung solle nicht die Art und Weise der Ausführung, sondern die endgültige Entscheidung darüber, ob das eine oder das andere Recht geltend gemacht werde, bezeichnet werden"[5]). — Das Wort „vollziehen" komme in einer formalen und in einer materiellen Bedeutung vor. Materiell bedeute es „zur Ausführung bringen". Dieser Begriff sei hier nicht anwendbar, denn die Wandelung (Rückgängigmachung des Kaufes, § 462) könne nicht schon damit zur Ausführung gebracht, der Käufer noch nicht befriedigt sein, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt habe. Hier müsse das Wort „vollziehen" in seinem formalen Sinne verstanden werden, dann bedeute es: „zum Abschluß bringen." § 465 habe dann den Sinn: Sobald der Verkäufer sich auf Verlangen des Käufers mit der Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt hat, ist ein definitivum geschaffen, der Käufer kann nicht mehr zurück, er ist an seine Wahl gebunden[6]). — Auf diesem Standpunkt steht auch R. Leonhard: „Die Wandelung ist vollzogen" bedeute nur: „sie ist unabänderlich geworden," nicht aber „sie kommt ohne Vertrag in keiner Weise zustande." (redhibitio pacto perfecta est, nicht aber aliter perfici non potest.) „Vollziehen" könne hier nicht „durchführen" heißen, denn eine Zustimmung zur Wandelung, bei der der Verkäufer das Geld nicht zurückgibt, sei trotz § 465 im vulgären Sinne noch nicht vollzogen. Wandelung sei eben nichts als Verwandelung des gegenwärtigen Zustandes in den früheren[7]).

---

3) Lobe S. 117.
4) Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 499.
5) Haymann S. 534.
6) Thiele S. 388 ff.
7) R. Leonhard in Eck's Vorträgen § 75 S. 451 Anm. 3.

Allein gerade der gesetzliche Sprachgebrauch entspricht der Vertragstheorie. „Vollziehen“ bezeichnet stets nur die Verwirklichung eines Schuldverhältnisses (eines Vermächtnisses §§ 2217 Abs. 2, 2219 Abs. 1, einer Auflage §§ 525 f., 2196, einer Schenkung durch Leistung §§ 528, 2301, ferner §§ 474 Abs. 2, 487 Abs. 3; in § 2194 wird von einem „Anspruche auf Vollziehung“ gesprochen.) Darum kann „vollziehen“ im § 465 nicht blos die einseitige Wahl zwischen den Ansprüchen bedeuten [8]).

Andere Gegner der Vertragstheorie geben zu, daß hier eine Vollziehung der Wandelung durch Vertrag stattfinde, indessen solle dieselbe keineswegs für den Vollzug der Wandelung im allgemeinen bestimmend sein, es handele sich hier vielmehr nur um den einfachen Fall einer außergerichtlichen Einigung der Parteien in der Form eines Vertrages [9]). Der § 465 führe nicht zu der Folgerung, daß „nur“ durch den Abschluß eines Vertrages die Wandelung vollzogen werden könne, er besage vielmehr nur, daß die Wandelung vollzogen „ist“, wenn sich der Verkäufer, auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt [10]). — Wenn § 465 die Bestimmung enthalten sollte, daß „nur“ in dieser Weise die Wandelung vollzogen werden könne, dann hätte er lauten müssen: „Die Wandelung „wird“ dadurch vollzogen, daß . . .“ Aus dem gewählten Wortlaute: „ist“ vollzogen könne man erstens annehmen, daß das Gesetz nur einen Zeitpunkt festsetzen wollte, von dem an dem Käufer das Recht genommen sei, von dem Wandelungsbegehren wieder abzugehen. Die Wahl des Wortes „wenn“, das im allgemeinen eine Bedingung, hier vielleicht einen Zeitpunkt bezeichne, solle zweitens

8) Endemann § 161 3 Anm. 36 a S. 994.

9) Eccius S. 325, Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 499, auch Ebert in Fischer-Henle Note 3 zu § 465 S. 232 erkennt in § 465 einen beabsichtigten Vertragsschluß an, aber nur als Nebenfall, nicht für das Recht der Wandelung und Minderung im Ganzen.

10) Eccius S. 324 f., Enneccerus § 247 I 2 S. 605, Neumann Kom. II 2 zu § 462 S. 221, Mensing S. 12, Staub Anmerk. 46 zu § 377 S. 1360. Während Eccius in dem Verlangen des § 465 ein Verlangen auf Einverständniserklärung erblickt, geht nach Staub das Verlangen des Käufers direkt auf Wandelung.

anzeigen, daß im Gesetz das Wesen der Wandelung nicht nur an einen Vertrag geknüpft sei, es solle nur zum Ausdruck gebracht werden, daß die Wandelung auch durch einen Vertrag vollzogen werden könne, und daß dann bereits der Zeitpunkt der Willenseinigung, nicht erst die Vollführung dessen, was darnach geschehen solle, für den Vollzug der Wandelung maßgebend sei [11]). — Auch Lobe tadelt die Fassung des § 465 [12]) „„Die Wandelung,““ d. i. also nach § 462 „„die Rückgängigmachung des Kaufes““ ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Die Erklärung des Einverständnisses mit der Rückgängigmachung solle also die Vollziehung der Rückgängigmachung selbst sein. Die Einverständniserklärung damit, daß etwas geschieht, könne aber niemals das Geschehene selbst sein. Das Zustimmen zum redhibere sei noch nicht das redhibere selbst, ein pactum de redhibendo noch nicht die redhibitio. Die Erklärung des Einverständnisses mit der Wandelung, d. h. damit, daß der Kauf rückgängig gemacht werde, oder sei, sei also jedenfalls nur der Vollzug eines Vertrages über die Wandelung, nicht der Vollzug der Wandlung selbst, diese könne höchstens die Wirkung, die Folge jenes pactum de redhibendo sein.“ — Der § 465 zwinge nicht den aus § 462 gewonnenen Begriff des Anspruches auf Wandelung irgendwie zu ändern, „über den Inhalt der Ansprüche (insbesondere darüber, daß sie auf Abschluß eines Vertrages gerichtet seien) sei im § 465 nichts gesagt, für den Inhalt sei mithin allein der § 462 entscheidend“ [13]). — „Es wäre eine Willkür für „„Wandelung““ im Sinne des § 465 „„Vollzug der Wandelung““ einzusetzen, da die Wandelung ja auch in anderer Weise, etwa durch tatsächliche Rückgewähr vollzogen werden könne“ [14]). Nur aus grammatikalischen Gründen habe Eccius [15]) zugegeben, daß

11) Eccius c. l., Staub Anm. 47 zu § 377 S. 1360, Mensing S. 12.

12) Lobe S. 116.

13) Enneccerus § 247 I 2 S. 605.

14) Mensing S. 13.

15) Eccius S. 323 f.

in dem „Verlangen“ ein „Verlangen auf zustimmende Erklärung“ zu erblicken sei, weil es in § 465 heiße: „auf Verlangen“ und nicht: „auf das Verlangen“ oder „auf das Verlangen der Wandelung“ [16]). — Tatsächlich sprächen die §§ 462, 463 und 467 stets nur vom „Verlangen der Wandelung“. Daher könne man auch das „Verlangen“ des § 465 in diesem Sinne interpretieren [17]). — Der nähere Inhalt des im § 462 gegebenen Wandelungsverlangens werde auch nicht in dem § 465, sondern in dem § 467 gegeben. Hier würden die Bestimmungen des Rücktrittsrechts als auch auf die Wandelung anwendbar erklärt, das Wandelungsverlangen gehe, bei nicht erreichter Einigung, nicht erst auf Zustimmungserklärung des Verkäufers, sondern direkt auf Rückgewähr [18]). — In dem Verlangen der Wandelung liege keine Vertragsofferte, sondern die Geltendmachung eines Rechtes [19]).

Diese Auslegung, welche die Vertreter der Rücktritts- und Restitutionstheorie dem § 465 geben, widerspricht aber sowohl dem Gesetzestext, wie auch, laut den Protokollen, den Absichten der Mitglieder der zweiten Kommission. Nach § 465 stellt sich das Verlangen des Käufers als ein Anspruch dar. Derselbe ist auf ein „Tun“ des Verkäufers gerichtet. Die Leistung des Verkäufers besteht, auch wenn sie im Klagewege verlangt wird, in der Abgabe einer Willenserklärung dahin, daß er mit dem Verlangen des Käufers einverstanden sei. Hierdurch ist ein Wandelungsvertrag zustande gekommen und damit gleichzeitig die Wandelung vollzogen [20]). Die einzige Möglichkeit, die Wandelung zu vollziehen, ist der Abschluß eines solchen Vertrages. Der Anspruch des Käufers ist somit ein „Anspruch auf den Abschluß eines Wandelungsvertrages“. „Wandelung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist nicht die Realisierung der Folgen

16) Thiele S. 401.

17) Staub Anm. 47 zu § 377 S. 1360, Beith S. 49.

18) Eccius S. 325 f., Ebert in Fischer-Henle Note 3 zu § 465 S. 232.

19) Staub Anm. 48 zu § 377 S. 1360.

20) Endemann § 161 3 a Anm. 36 S. 994.

der Wandelung, der Rückgewähr." „Das Bürgerliche Gesetzbuch versteht unter Wandelung den Rechtsakt, der gleichzeitig die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage aufhebt, und diejenigen zur Rückgewähr (nach Analogie des Rücktrittsrechts) begründet. Sonst könnte es nicht heißen: „„Die Wandelung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt."" Ebenso ist die Minderung der Rechtsakt der Herabsetzung des Kaufpreises. Beide Rechtsakte sind als zweiseitige gedacht, im Gegensatz zu dem einseitigen Rücktritt. Der Anspruch auf Wandelung oder Minderung ist der Anspruch auf die Zustimmungserklärung des Verkäufers [21]), auf diese Erklärung kann der Käufer, wenn eine friedliche Einigung nicht zu erzielen ist, Klage erheben." Gemäß den Vorschriften des § 894 C.P.O. wird dann die fehlende Einwilligung des Verkäufers durch rechtskräftiges Urteil ersetzt [22]).

Auch von gegnerischer Seite wird zugegeben, daß die Mitglieder der zweiten Kommission gemäß den Protokollen diese Konstruktion der Wandelung beabsichtigt haben.

Lobe sagt von diesem Wege: „Gangbar und vom Gesetz gegeben ist er zweifellos" [23]). Es ist auch nicht gut anzunehmen, daß die Mitglieder der zweiten Kommission bei der Fassung des § 465 nur den Fall einer außergerichtlichen Einigung der Parteien im Auge gehabt hätten, denn, wie auch Eccius bemerkt, „hätte es keiner Vorschrift des Gesetzes bedurft, um klarzustellen, daß ein den Kauf aufhebender Vertrag die Sache endgültig regele" [24]).

Allerdings ist § 465 nicht in einer völlig klaren und einwandsfreien Form abgefaßt, die Vertragskonstruktion hätte noch deutlicher zum Ausdruck gebracht werden können. Immerhin aber spricht die Wendung: „die Wandelung ist vollzogen," von einem allgemeinen, und nicht von einem besonderen Vollzuge der Wandelung [25]). Wenn die gegenteilige Bedeutung beabsichtigt wäre,

21) Kipp in Windscheid II § 395 I 3a S. 704, Eck § 75 S. 449.
22) Protokolle II Bd. 1 S. 680. 23) Lobe S. 111.
24) Eccius S. 325, Huch S. 41 f.
25) Kaulbach S. 8.

lautete das Gesetz vielleicht: „Abgesehen von dem Falle des § 462 ist die Wandelung vollzogen, wenn . . . .“ Die Ausdrucksweise des § 465 berechtigt jedoch nicht zu der Folgerung, daß die Wandelung „auch“, und nicht „nur“ durch Vertrag vollzogen werden könne.

Was den Vorwurf anbetrifft, den Lobe gegen die Fassung des § 465 erhebt, so ist nicht „die Erklärung des Einverständnisses mit der Rückgängigmachung“ die „Rückgängigmachung“ selbst, sondern es geht aus dem § 465 nur hervor, daß das Einverständnis mit dem auf Rückgängigmachung gerichteten Verlangen die Rückgängigmachung bereits vollziehe. Dies ist aber ein Vorgang, der sich im Rechtsverkehr beim Abschlusse jedes Vertrages wiederholt [26]). — Der Grund für die nicht ganz klare Fassung des § 465 liegt darin, daß, wie seine Entwickelungsgeschichte lehrt, die Mitglieder der zweiten Kommission es im Laufe der Beratungen für angemessen hielten, ihm eine doppelte Funktion zu geben. Er soll sowohl die Art des Wandelungsvollzuges bestimmen, als auch gleichzeitig den Zeitpunkt angeben, in dem das jus variandi des Käufers erlischt [27]). Die Fassung des Gesetzestextes läßt die Annahme nicht zu, daß hier lediglich das Wahlrecht des Käufers geregelt werden sollte [28]). Es heißt: „Die Wandelung ist vollzogen . . .“, „Wahl“ und „Wandelung“ sind verschiedene Begriffe. „Wandelung“ ist laut § 462 „Rückgängigmachung des Kaufes.“ Unmöglich kann man diesen Begriff mit der Entscheidung darüber identifizieren, ob jemand Wandelung oder Minderung wähle. Die Wahl bildet nur einen Bestandteil des Vollzuges der Wandelung. Wenn auch der Käufer längst die Wahl zwischen Wandelung und Minderung vollzogen hat, so ist damit die Wandelung im Sinne der Gegner der Vertragstheorie, die tatsächliche Rückgewähr der Leistungen, noch nicht vollzogen. Wenn Wahl und Wandelung

---

26) Stratmann S. 28.

27) Endemann § 161 3 Anm. 36 S. 994, Kipp in Windscheid II § 395 I 3a S. 703 f., Eck § 75 S. 449.

28) Kloß S. 287 „scheint für diesen Zweck allein der Ausdruck des § 465 eigentümlich gewählt“.

in denselben Zeitpunkt fallen, so beweist das nicht, daß sie dasselbe sind.

Aus der Konstruktion der Wandelung als Vertrag ergibt sich, daß direkt im § 465 einzig und allein vom Vollzug der Wandelung die Rede ist, indirekt dadurch aber auch der Augenblick der Bindung des Käufers auf seine Wahl bestimmt wird [29]).

Wie auch die meisten Gegner zugeben, ist in dem § 465 von einem Vollzuge der Wandelung durch Vertrag die Rede [30]). Abgesehen davon, daß es wohl nicht gut anzunehmen ist, daß das Gesetz diesen Nebenfall in einem besonderen Paragraphen regeln und den Hauptfall unerwähnt lassen sollte, würde bei dieser Annahme doch auch ein unvereinbarer Widerspruch zwischen den §§ 462 und 465 entstehen. Denn wenn sich im Sinne von Eccius die Wandelung in § 462 als eine tatsächliche Wiederherstellung des status quo ante darstellt, dann ist diese Auffassung unvereinbar mit der Bestimmung des § 465, nach der die Wandelung bereits mit dem übereinstimmenden Willen der Parteien vollzogen ist, noch bevor Rückgewähr eintritt [31]). — Im § 465 wird zum Vollzuge der Wandelung das Einverständnis des Verkäufers gefordert. In Verbindung hiermit wird im § 462 dem Käufer ein Anspruch gegeben, die Rückgängigmachung des Kaufes oder Herabsetzung des Kaufpreises zu verlangen, „also eine gegen den Verkäufer sich richtende Forderung auf Mitwirkung zur Herbeiführung jenes Erfolges; mithin wird zugleich negativ bestimmt, daß der Käufer durch einseitige Erklärung dies nicht bewirken kann.

Bedeutung hat auch der § 485 Satz 1, in welchem die Erhebung der Klage auf Wandelung lediglich der Mangelanzeige gleichgestellt, und nach dem ganzen Zusammenhange davon ausgegangen wird, daß der Klageantrag in keiner Weise die Wandelung selbst vollzieht" [32]).

29) Planck II Erl. 1 zu § 465 S. 250, Kaulbach S. 11.

30) Eccius S. 323 f., Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 499, Mensing S. 24, Ebert in Fischer-Henle Note 3 zu § 465 S. 232, Haymann S. 534.

31) Kaulbach S. 9.

32) Endemann § 161 3 Anm. 36 a S. 994.

Gegen die Behauptung der Gegner der Vertragstheorie, daß erst § 467 die nähere Bestimmung über den Vollzug der Wandelung im Anschluß an § 462 gebe, kann man mit Recht schon die Stellung des § 465 zwischen §§ 462 und 467 einwenden. Wäre die gegnerische Behauptung richtig, dann müßte logisch § 467 auf § 462 folgen. Schon die zweifellos beabsichtigte Reihenfolge der Paragraphen spricht dafür, daß § 465 die erläuternde Bestimmung für § 462 gibt, daß erst auf Grund der hier verlangten vertragsmäßigen Einigung der Parteien, für den Inhalt des so geschlossenen Vertrages, die Vorschriften des § 467 in Anwendung kommen sollen[33]).

So gibt denn schließlich auch Dernburg[34]) zu: „Es wird nichts übrig bleiben, als die gesetzliche Konstruktion eines Wandelungs- und Minderungsvertrages anzuerkennen, aber alle Folgerungen daraus abzulehnen, welche ungesund und unpraktisch sind“[35]).

Die normale Vollziehung der Wandelung ist also die außergerichtliche, und zwar in der Form eines Vertrages. Es muß als ein Vorzug der Vertragstheorie angesehen werden, daß sie, im Gegensatz zu der Restitutionstheorie, den regelmäßigen Vollzug der Wandelung in das außerprozessuale Gebiet legt und dadurch die Parteien mehr wie bisher auf eine friedliche Einigung verweist.

Bei Annahme der Vertragstheorie ergibt sich eine weitere Unterscheidung zu deren Vorteil zwischen der Wandelung im gemeinen Recht und jener im Bürgerlichen Gesetzbuch. Im römischen und gemeinen Recht war nur dem Käufer ein Anspruch auf Wandelung gegeben. Die Redhibition war ein spezielles

33) Stratmann S. 26, Kaulbach S. 8.

34) Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 VI S. 75.

35) Auf diesem Standpunkt steht auch die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Marienwerder vom 5. November 1901. Diese faßt die Wandelung ebenfalls als einen Vertrag auf, der durch die Einverständniserklärung des Verkäufers mit dem Verlangen des Käufers zustande kommt und welcher für den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes erst die Grundlage bildet. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte S. 35.

Recht des Käufers, daher war auch nur eine Kondemnation des Verkäufers möglich[36]).

Der auf die actio redhibitoria des Käufers hin rechtskräftig verurteilte Verkäufer durfte nicht seinerseits von dem Käufer die Rückgabe der Kaufsache gegen Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, denn die Anstrengung des Prozesses begründete hier kein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien[37]). — Im Bürgerlichen Gesetzbuch dagegen ist ein solches Vertragsverhältnis begründet. Hier entsteht auf Grund des Wandelungsvertrages, einerlei, ob er freiwillig geschlossen wird oder durch richterliches Urteil, auch für den Käufer die Verpflichtung, dem Verkäufer die von diesem empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Auch der Verkäufer kann aggressiv gegen den Käufer vorgehen[38]). Der Inhalt seines Anspruches ist ebenso wie der des Käufers auf die Rückgängigmachung des Kaufes gerichtet. Während es in dem römischen und gemeinen Rechte nur eine Klage,, die des Käufers, gab, gibt es nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches zwei Klagen. Denn nun besteht auch für den Verkäufer die Möglichkeit, seine Ansprüche auf Rückgewähr gegen den Käufer klagweise geltend zu machen. Immer aber bildet die Voraussetzung dieser Rückgewährungsansprüche beider Parteien der vorangegangene Abschluß eines Wandelungsvertrages[39]).

§ 10.

§ 466 B.G.B.

„Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden."

36) Vgl. § 2 S. 7.
37) Entsch. d. Obertrib. Berlin in Goldschmidts Ztschr. S. 266.
38) Eck § 75 S. 450.
39) Aschheim S. 40, Cosack § 127 II 4 S. 444.

Dem gemeinen Rechte war diese Bestimmung fremd. Ihr liegt folgender Tatbestand zu Grunde. Der Käufer hat dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache behauptet, ohne von seinem Rechte auf Wandelung Gebrauch zu machen. Dann kann der Verkäufer sich zur Wandelung erbieten und den Käufer auffordern, sich innerhalb einer angemessenen Frist zu erklären, ob er Wandelung verlange. Dieser Paragraph ist von der Kommission zu Gunsten des Verkäufers geschaffen, wohl in der Erwägung, daß es in dem berechtigten Interesse des Verkäufers liege, über etwaige Ansprüche des Käufers gegen ihn Klarheit zu erlangen [1]).

Die Gegner der Vertragstheorie behaupten, daß die hier erwähnte Vollziehung der Wandelung den Bestimmungen des § 465 widerspreche. Ihnen dient auch § 466 zur Begründung der schon besprochenen Behauptung, daß § 465 nicht den einzigen und allgemeinen Vollzug der Wandelung regele. Eccius gibt zwar zu, „daß auch hier eine vertragsmäßige Wandelung vorliege, aber der Vertrag komme doch in anderer Weise zustande als nach § 465“ [2]). Aus § 466 folge, daß die Wandelung auch anders vollzogen werden könne, als gemäß § 465, nur in der Weise, daß sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erkläre. Denn es sei die Frage, ob die Aufforderung des Verkäufers unter dem Erbieten zur Wandelung an den Käufer einen Vertragsantrag darstelle, oder nur eine Aufforderung zur Stellung eines Vertragsantrages an den Käufer enthalte. Im ersten Falle käme mit der Annahmeerklärung des Käufers ein Vertrag zustande, im letzteren Falle bedürfe der auf die Aufforderung des Verkäufers gestellte Vertragsantrag des Käufers noch wieder einer Annahmeerklärung des Verkäufers. — Gemäß § 466 müsse sich nun der Verkäufer bei der Fristbestimmung dem Käufer zu gleicher Zeit „zur Wandelung erbieten“. „Erbieten zur Wandelung“ bedeute, daß sich der Verkäufer „im voraus mit der Wandelung, d. h.

1) Oertmann Kom. I zu § 466 S. 382, Aschheim S. 34, Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 499.

2) Eccius S. 327, Staub, Anm. 46 zu § 377 S. 1359.

dem Vertragsschlusse, einverstanden erkläre“ [3]), und sei gleichbedeutend mit „Wandelung anbieten“ [4]). — „Die Aufforderung zu einem Geschäfte, die dergestalt gefaßt, und in der Meinung erklärt ist, daß dasselbe unmittelbar durch die Annahme seitens des Adressaten zustande kommen soll, sei eine Offerte“ [5]). Daher werde die Wandelung mit der Erklärung des Käufers vollzogen, daß er Wandelung verlange, denn diese Erklärung enthalte die Annahme des Vertragsanerbietens des Verkäufers. Dann aber wäre die Wandelung in diesem Falle nicht gemäß § 465 mit der Einverständniserklärung des Verkäufers, sondern mit der des Käufers vollzogen [6]).

Gegen diese Ansicht tritt Kaulbach auf, der auch in diesem Punkte die Vertragstheorie streng durchgeführt wissen will [7]). Er gibt zu, daß es einfacher und mehr im Interesse des Verkäufers wäre, wenn die Vollziehung der Wandelung auch in diesem Sinne zugelassen werden könnte, allein diese Auslegung stehe im Widerspruch mit § 465 und sei mit dem Texte von § 466 nicht vereinbar. Wenngleich man auch unter dem Ausdrucke „erbieten“, anstatt des bezeichnenderen und absichtlich vermiedenen Ausdruckes „verlangen“, einen Vertragsantrag verstehen könne, so liege der Schwerpunkt jedoch darin, daß der hier vermiedene Ausdruck „verlangen“ in demselben Paragraphen in Bezug auf den Käufer angewendet werde. Der Verkäufer fordere den Käufer zur Erklärung darüber auf, „ob er Wandelung verlange.“ Ferner heiße es auch in § 466 Satz 2 in Bezug auf den Käufer: „Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden.“ Im Vergleich dieser Ausdrucksweise mit dem Wortlaut der §§ 462 und 465 müsse man zu dem Ergebnis gelangen, daß auch gemäß § 466

---

3) Thiele S. 413, so auch Planck II Erl. 3b zu § 466 S. 251.

4) Endemann § 161 4c S. 999.

5) Dernburg Pand. II § 11 S. 29f.

6) Enneccerus § 247 II 3 S. 607, Lobe S. 108, Eccius S. 326f., Staub Anm. 46 u. 50 zu § 377 S. 1359f., 1361, Neumann Kom. I zu § 466 S. 224, Veith S. 19f.

7) Kaulbach S. 27f.

der Käufer den Antrag auf Wandelung stelle und der Verkäufer ihn annehme [8]).

In dieser Ansicht ist ja allerdings die Vertragskonstruktion am konsequentesten durchgeführt. Dennoch dürfte sie sich nicht empfehlen. Kaulbach selbst muß bekennen, daß er „bei der Anwendung der allgemeinen Vertragsgrundsätze auf die §§ 465, 466 nicht zu glatten Resultaten komme“ [9]).

Aus praktischen Erwägungen und Gründen der Zweckmäßigkeit scheint es richtig, sich hier nicht allzu streng der konsequenten Durchführung einer Theorie wegen an den Buchstaben zu klammern. Eine freiere Interpretation hebt alle Schwierigkeiten auf. Es ist anzunehmen, daß das Gesetz in dieser Beziehung keine zwingende Regel aufstellen wollte. Will man in der Annahme des Käufers nur ein annahmebedürftiges Wandelungsbegehren und keine Vertragsannahme erblicken, dann würde die Wandelung erst mit der Einverständniserklärung des Verkäufers auf dieses Wandelungsbegehren des Käufers zustande kommen. Dann wäre aber die in § 466 beabsichtigte Abkürzung des Verfahrens, und somit gerade der von den Mitgliedern der zweiten Kommission in diesem Paragraphen beabsichtigte Schutz des Verkäufers verloren gegangen. — Wenngleich § 465 als Regel den Fall aufgestellt hat, daß die Wandelung vollzogen wird, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt, daß der Käufer die Offerte macht, und der Verkäufer sie annimmt, so soll hier aber keine zwingende Bestimmung aufgestellt sein. Im Falle des § 466 kommt die Wandelung dadurch zustande, daß der Verkäufer sich zur Wandelung „erbietet“ und der Käufer sie alsdann „verlangt“. Mit dieser Erklärung des Käufers ist alsdann die Wandelung vollzogen [10]). — Jedoch regelt § 466 nur

8) Kaulbach S. 29, so auch Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 499.

9) Kaulbach c. l.

10) Planck II Erl. 3 b c und 4 zu § 466 S. 251. Erbieten zur Wandelung bedeute, daß sich der Verkäufer im voraus mit der Wandelung (d. h. dem Vertragsschlusse) einverstanden erklärt. Kipp in Windscheid II § 395 I 3a S. 703, Endemann § 161 4 c S. 999, Aschheim S. 34, Stratmann S. 10, zustimmend auch Haymann S. 543.

einen zum Schutze des Verkäufers begründeten Ausnahmefall. Im allgemeinen wird die Wandelung regelmäßig mit der Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers vollzogen[11]), regelmäßig aber, auch in dem Ausnahmefall des § 466, durch Vertrag.

§ 11.

§ 467 B.G.B.

„Auf die Wandelung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 348, 350 bis 354, 356 entsprechende Anwendung; im Falle des § 352 ist jedoch die Wandelung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat. Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen" [1]).

Die Gegner der Vertragstheorie behaupten, daß, wenn man von § 465 absehe, der ja nur den Fall einer außergerichtlichen vertragsmäßigen Einigung der beiden Parteien im Auge habe, oder nur den Zeitpunkt der Bindung des Käufers an seine Wahl bestimmen solle, auch § 467 keineswegs zur Anerkennung der Vertragskonstruktion zwinge. Wäre dieselbe von dem Gesetze beabsichtigt, dann würde es heißen: „Auf die vollzogene Wandelung . . ." Der Ausdruck: „Auf die Wandelung . . ." aber könne ebenso gut dahin zu verstehen sein: „Der Inhalt der Rechte, die der wandelungsberechtigte Käufer geltend machen kann, wenn er wandeln will, bemißt sich nach jenen Vor-

11) Im Gegensatz zu § 465, der die Wirkung des Wandelungsbegehrens gegenüber der des gewöhnlichen Antrages ausdehnt, kann gemäß § 466 Satz 2 die Wandelung nur bis zum Ablaufe einer Frist erklärt werden. Die Frist wird vom Verkäufer gestellt.

1) Dernburg D. bürg. Recht. II § 186 I Anm. 1 S. 76 bemerkt: „Diese Bestimmung ist wenig glücklich. Was für die Wandelung paßt, ist für den vertragsmäßigen Rücktritt nicht immer angemessen, die Vorschriften, welche für den vertragsmäßigen Rücktritt getroffen sind, passen zum Teil nicht recht für die Wandelung. Eine Verschiedenheit nach dem Gesetze ist vorzugsweise, daß sich die Wandelung erst durch einen „„Vertrag"" vollzieht".

schriften" [2]). — Man könne daher in dieser Bestimmung nur eine Ergänzung der im § 462 gegebenen allgemeinen Vorschriften sehen [3]). — Z 467 bestimme nur, daß entsprechend wie beim Rücktritt „wenn Rückgängigmachung erfolgt, beide Parteien verpflichtet seien einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren" [4]). Damit sei nicht gesagt, daß die gegenseitige Restitutionspflicht erst mit dem Abschluß eines Wandelungsvertrages zur Entstehung komme. Und die Bestimmung, daß die Parteien die empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren haben „wenn die Rückgängigmachung erfolgt" (entsprechend § 346 „wenn der Rücktritt erfolgt"), lasse sich ebenso gut dahin auslegen, daß eben darin, daß die Leistungen zurückgewährt werden, die Rückgängigmachung bestehe; der Anspruch auf gegenseitige Restitution sei schon inhaltlich im Verlangen auf „Rückgängigmachung des Kaufs" nach § 462 enthalten, dieser Anspruch komme also mit dem Anspruch nach § 462 zur Entstehung. So wäre die Auffassung des bisher geltenden Rechtes gewesen, so entspräche es dem praktischen Bedürfnis, und der Wortlaut des Gesetzes nötige nicht zu einer anderen Auffassung [5]). — Die Ausschließung des § 349 von den in § 467 für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften des Rücktrittsrechts beweise nur, daß die Wandelung noch nicht durch eine einseitige Erklärung des Käufers vollzogen sei, und dies würde (von den Anhängern der Restitutionstheorie) nicht bestritten [6]). — Damit sei nur gesagt, daß ohne weitere Voraussetzung, schon allein wegen eines Mangels, das Gesetz dem Käufer die Ansprüche aus den §§ 462, 467 zubillige. Das „Recht auf Wandelung" entspreche nicht, wie Kloß [7]) wolle, dem „Rechte zurückzutreten", sondern dem „Rechte nach erfolgtem Rücktritte", die „Wandelung" schlechthin aber bedeute im Gesetze bald den „Anspruch auf Rückgewähr". (§§ 474 Satz 2), bald dessen tatsächliche Durchführung (§§ 470, 471) [8]).

---

2) Mensing S. 11. 3) Haymann S. 540, Eccius S. 319.
4) Lobe S. 115. 5) Lobe c. l.
6) Beith S. 45. 7) Kloß S. 288.
8) Haymann S. 540 f.

Allein die Konstruktion der Wandelung als Vertrag, so wie sie in dem Gesetze zum Ausdruck kommt, ist logischer als die von den Anhängern der Restitutionstheorie gewollte Konstruktion der Wandelung im Sinne der actio redhibitoria [9]).

Die Vertragskonstruktion unterscheidet scharf zwischen „Kaufvertrag" und den sich daraus resultierenden „Verpflichtungen der Parteien". Der Käufer sucht hier den Kaufvertrag direkt zu beseitigen, damit fallen auch seine Konsequenzen. Die actio redhibitoria sucht die Folgen des Kaufvertrages zu vernichten, damit trifft sie den Kaufvertrag erst indirekt. Der Wandelungsvertrag bezweckt nur die „Aufhebung des Kaufes" [10]). Es gehört daher nicht zu dem Inhalte des Aufhebungsvertrages (Wandelung), was im § 467 über seine Folgen bestimmt ist [11]). Diese sind gesetzlich an den Wandelungsvertrag geknüpft. Es besteht daher für die Parteien auch kein Grund sich noch rechtsgeschäftlich über sie zu einigen. Die Ansprüche aus der Wandelung sind begrifflich Kondiktion, richten sich aber nicht nach den allgemeinen Bestimmungen, sondern sind im § 467 besonders geregelt [12]).

Die im § 467 als auf die Wandelung anwendbar erklärten Bestimmungen über das Rücktrittsrecht unterscheiden scharf zwischen dem „Recht zurückzutreten" (§§ 350 bis 353 B.G.B.) einerseits, und dem „Rechte nach erfolgtem Rücktritt" (§§ 346 bis 348 B.G.B.) andrerseits. So heißt es im § 346: „. . . sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren" [13]). Ferner im § 348: „Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu

9) Daß sie „sicher von juristischer Feinheit ist" gibt Lobe S. 107 zu.

10) Auch die Protokolle sprechen nur von einem „Aufhebungsvertrage".

11) Entgegen: Eccius S. 319, 328 Anm. 39, Matthiaß D.J.Z. S. 205.

12) Kaulbach S. 16, Mensing S. 28.

13) Auch der Wortlaut dieses Paragraphen spricht für die Vertragskonstruktion und ist mit der Restitutionstheorie unvereinbar. So Stratmann S. 29, vgl. Mensing S. 51 ff.

erfüllen." Analog dem Rücktrittsrecht unterscheidet das Bürgerliche Gesetzbuch zwischen dem „Rechte auf Wandelung" und dem „Rechtszustande auf Grund der vollzogenen Wandelung", den Folgen der Wandelung [14]). Demgemäß ist „Wandelung nur „Aufhebung des Kaufvertrages."

Aber auch einen zwingenden Grund für die Ablehnung der Rücktrittstheorie ergeben die Bestimmungen des § 467.

Nach § 349 erfolgt der Rücktritt „durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile," also durch Abgabe einer einseitigen empfangsbedürftigen Erklärung des Rücktrittsberechtigten. Gerade diese Bestimmung ist nun durch § 467 als nicht auf die Wandelung analog anwendbar ausgeschlossen.

Daraus ergibt sich, daß die Wandelung keineswegs durch die einseitige Erklärung des Käufers erfolgt [15]). Wenn analog dem Rücktrittsrechte aber unterschieden werden muß zwischen „Ausübung der Wandelung" und den „Folgen dieser Ausübung", dann bleibt, nachdem die Ausübung der Wandelung durch einseitige Erklärung vom Gesetze ausdrücklich ausgeschlossen ist, nur übrig sie dann als erfolgt zu bezeichnen, wenn sie in dem Sinne des § 465 vollzogen ist, nämlich durch einen Vertrag. Die vollzogene Wandelung steht also mit dem erfolgten Rücktritt auf einer Stufe [16]). Im Zusammenhang mit § 465 spricht namentlich § 467 dafür, daß die Konstruktion der Wandelung als Vertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch gegeben ist. Die Vorschrift des § 467 kann in Verbindung mit § 465 und gemäß ihrer Stellung hinter § 465 nur bedeuten: „Auf die im Sinne des § 465 vollzogene Wandelung finden . . ." Wäre, wie die Anhänger der Restitutionstheorie behaupten, im § 467 allein der nähere Inhalt des Wandelungsanspruches enthalten, so müßte er der allgemeinen Vorschrift des § 462 unmittelbar folgen. Aus der vom Gesetz gewählten Anordnung geht hervor, daß § 465 den § 462 erläutert, daß demnach zunächst die dort verlangte Einigung der

14) Kloß S. 287.

15) Oertmann Kom. I a zu § 465 S. 379, Endemann § 161 3 Anm. 33 S. 993.

16) Kloß S. 288, Stratmann S. 29, Kaulbach S. 12 f.

Parteien erfolgen muß, und daß auf die so, durch Vertrag, vollzogene Wandelung die Vorschriften des § 467 zur Anwendung gelangen [17]). Erst der die Wandelung darstellende Aufhebungsvertrag begründet eine obligatorische Verpflichtung der Parteien zur gegenseitigen Wiederherstellung des Zustandes vor dem Abschlusse des Kaufvertrages. Die Vollziehung des Wandelungsvertrages erst begründet eine obligatio ad restituendum [18]).

§ 12.

§ 468 B.G.B.

„Sichert der Verkäufer eines Grundstückes dem Käufer eine bestimmte Größe des Grundstückes zu, so haftet er für die Größe wie für eine zugesicherte Eigenschaft. Der Käufer kann jedoch wegen Mangels der zugesicherten Größe Wandelung nur verlangen, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Käufer kein Interesse hat."

Einige Gegner der Vertragstheorie behaupten: In Verfolg der Vertragskonstruktion werde die Wandelung durch die Einverständniserklärung des Verkäufers vollzogen. Weder für diese Erklärung, noch für die des Käufers sei eine Form vorgeschrieben. Nach der Bestimmung des § 313 B.G.B. bedürfe aber der Wandelungsvertrag, wenn er die Pflicht zur Rückübertragung des Eigentums an einem Grundstücke begründen solle, um formell rechtsbeständig zu sein, der gerichtlichen oder notariellen Be-

---

17) Stratmann S. 26.

18) Auch ein Gegner der Vertragstheorie, Mensing S. 51 gibt zu, daß die zweite Kommission nie daran gedacht habe den § 467 im Sinne der Restitutionstheorie ausgelegt zu wissen. „Sie wollte durch den § 467 vom Standpunkt ihrer Konstruktion aus lediglich die Rechtsfolge der im § 465 vollzogenen Wandelung bestimmen. Und so ließe sich denn tatsächlich die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht nur dann glatt bewerkstelligen, wenn man dem Käufer zunächst ausschließlich einen Anspruch auf Vollziehung der Wandelung im Sinne von § 465 gebe".

urkundung. Dann müsse aber schon das Verlangen des Käufers nach zustimmender Erklärung des Verkäufers zur Wandelung in dieser Form gestellt werden, wie auch ebenso die Erklärung des Einverständnisses an diese Form gebunden sei [1]).

Wie aber schon des weiteren ausgeführt worden ist, bedeutet „Wandelung" nur „Aufhebung des Kaufvertrages". Die Pflicht zur Rückgewähr ist nicht der Inhalt, sondern nur eine gesetzliche Folge des Wandelungsverlangens [2]). Der Wandelungsvertrag ist nicht zu dem Zwecke der Begründung obligatorischer Verpflichtungen abgeschlossen. Nur für diesen Fall wäre jene Auffassung richtig. Die obligatorischen Verpflichtungen zur Rückgewähr der Leistungen sind im Falle der Wandelung schon implicite im Kaufe enthalten, der Wandelungsvertrag soll lediglich liberatorisch wirken [3]), er braucht eine Abrede über Rückübereignung nicht zu enthalten. Der Wandelungsvertrag ist ein gesetzlich gebotener Vertrag [4]). Daher finden die Bestimmungen des § 313 hier keine Anwendung [5]).

Zu demselben Resultate gelangt Neumann von einem anderen Gesichtspunkte aus. Er lehnt die Behauptung von

---

1) Matthiaß D.J.Z. S. 208, Eccius S. 328, Beith S. 20. Auch Aschheim S. 36 und Leistner S. 37 Anm. 1, Anhänger der Vertragstheorie, erblicken hier einen Ausnahmefall und wollen, in diesem einzelnen Falle, die Gültigkeit der Wandelung von der Beobachtung einer bestimmten Form abhängig machen.

2) Stahl S. 26.

3) Flechtheim in Gruchot S. 73 Anm. 14a. Anderer Meinung Dernburg D. bürg. Recht. II § 186 I S. 76.

4) Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 VI und Anm. 20 S. 75: „Der Anspruch des Käufers steht keineswegs in Abhängigkeit von dem Einverständnis des Verkäufers. Der Käufer hat einen wohlbegründeten Rechtsanspruch auf Wandelung oder Minderung". So Endemann, 7. und 8. Aufl. § 161 II 1 S. 721, Kloß S. 288 Anm., Aschheim S. 32 f., Planck II Erl. 2 u. 3 zu § 462 S. 248, Protokolle II Band 1 S. 710. Vgl. § 19 S. 90.

5) Kipp in Windscheid II § 395 I 3a S. 706, Planck II Erl. 2 zu § 465 S. 250, Endemann § 161 3 Anm. 36 a. E. S. 995, Dernburg c. l., Kaulbach S. 47. Von Seiten der Gegner: Ebert in Fischer-Henle Note 3 zu § 465 S. 232, Huch S. 71.

Eccius ab, weil „die Wandelung kein selbständiger Veräußerungsvertrag, sondern eine Beseitigung des Kaufvertrages aus einem wegen der Beschaffenheit der Sache ihm innewohnenden Grunde sei“ [6]).

§ 13.

§ 469 B.G.B.

> „Sind von mehreren verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden, auch wenn ein Gesamtpreis für alle Sachen festgesetzt ist. Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend verkauft, so kann jeder Teil verlangen, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können.“

Aschheim erblickt hier einen Fall, in dem, ebenso wie im § 466, die Wandelung dadurch vollzogen werde, daß sich der Käufer auf das Verlangen des Verkäufers mit ihr einverstanden erkläre [1]). Aus dem Wortlaut: „ . . . kann jeder Teil verlangen, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird . . .“ gehe hervor, daß wenn der Käufer nur in Ansehung der mangelhaften Sachen Wandelung verlangt habe, die Sachen jedoch als zusammengehörend verkauft seien, jeder Teil, also auch der Verkäufer, verlangen könne, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt werde. Erkläre sich der Käufer mit dem Verlangen des Verkäufers einverstanden, so sei mit dieser Erklärung die Wandelung vollzogen.

Zu dieser Interpretation zwingt aber der Wortlaut des Gesetzes nicht. Das im § 469 dem Verkäufer gegebene Recht geht dahin, daß er, wenn der Käufer nur in Ansehung der einzelnen mangelhaften Sachen Wandelung verlangt hat, seinerseits verlangen kann, „daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können.“ Dem Verkäufer ist zu

---

6) Neumann Kom. 3a zu § 465 S. 223.

1) Aschheim S. 36.

seinem Schutze das Recht gegeben, seinerseits an den Käufer das Verlangen zu stellen, daß dieser seinen Wandelungsanspruch erweitere. Darin liegt aber kein Verlangen der Wandelung. Erklärt sich der Käufer mit diesem Verlangen des Verkäufers auf Erweiterung seines Wandelungsanspruches nicht einverstanden, so wird er mit seinem beschränkterem Wandelungsanspruch abgewiesen. Darin liegt ein Recht zum Schutze des Verkäufers. Der Käufer bleibt dann auf seine sonstigen Ansprüche (Minderung, Schadensersatz) angewiesen[2]).

§ 14.

§ 478 B.G.B.

„Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, bevor der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung verjährt war, so kann er auch nach Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. Das Gleiche gilt, wenn der Käufer vor der Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat. Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so bedarf es der Anzeige oder einer ihr nach Absatz 1 gleichstehenden Handlung nicht."

Das Leistungsverweigerungsrecht, welches im § 478 dem Käufer unter gewissen Voraussetzungen auch noch nach Ablauf der Anspruchsverjährung gegeben ist, stellt sich als eine materielle Einrede im Sinne des § 202 des Bürgerlichen Gesetzbuchs dar. Wäre die Rücktrittstheorie berechtigt, so könnte man nicht von einer „Wandelungseinrede" sprechen, wie es doch im § 478 der

---

2) Planck II Erl. b zu § 469 S. 254, Matthiaß bürg. Recht § 106 S. 502, Enneccerus § 247 II 5a S. 607.

Fall ist, sondern nur von einer solchen „Einwendung“, denn mindestens mit der Geltendmachung des Wandelungsbegehrens im Prozeß müßte in Verfolg der Rücktrittstheorie der Anspruch des klagenden Verkäufers erloschen sein [1]).

Der Wortlaut des Gesetzes „. . . insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung dazu berechtigt sein würde,“ kann nur bedeuten: „als er berechtigt sein würde, wenn die Wandelung vollzogen wäre.“ Der Ausdruck „auf Grund“ zeigt deutlich, daß in der Regel die vollzogene Wandelung die Voraussetzung der Kaufpreisverweigerung des Käufers ist. Wenn die Wandelung aber die Voraussetzung der Verweigerung der Ansprüche des Verkäufers ist, kann sie nicht mit den Inhalt der Ansprüche bilden [2]). — Nicht schon die Mängel der Kaufsache berechtigen den Käufer zur Zahlungsverweigerung (exceptio redhibitoria), sondern er kann dies erst „insoweit als er auf Grund der Wandelung,“ d. h. nach vollzogener Wandelung, dazu berechtigt sein würde. Da nun den Voraussetzungen der exceptio redhibitoria die der actio redhibitoria entsprechen müssen, beweist dies deutlich, daß der Käufer jedenfalls nicht unmittelbar einen Anspruch auf Rückgewähr seiner Leistungen, sondern lediglich einen Anspruch auf „Vollziehung der Wandelung“ hat. Und zwar nicht auf Vollziehung der Wandelung durch Rückgewähr der von ihm bewirkten Leistungen, da ein solcher sich in nichts von dem vom Gesetz zweifellos nicht gewolltem Anspruch auf Rückgewähr unterscheiden würde, sondern einen Anspruch auf Vollziehung der Wandelung im Sinne des § 465, durch Vertrag.

Gegen diese Folgerung wird von seiten der Gegner geltend gemacht, daß sie deshalb irrig sei, weil sie voraussetze, daß die vollzogene Wandelung eine Voraussetzung des Rechtes des Käufers auf Zahlungsverweigerung sei. Im § 478 zeige das Gesetz aber deutlich, daß die Wirkungen der Wandelung auch ohne vorherigen Abschluß eines Vertrages eintreten könnten. Denn hier sei der Käufer berechtigt auch noch nach Vollendung der Verjährung des Anspruchs auf Wandelung, also ohne daß die Wan-

1) Oertmann Kom. 1a zu § 465 S. 379.
2) Flechtheim in Gruchot S. 91.

delung oder Minderung durch Erklärungen gemäß § 465 vollzogen sei, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern. Gebe ihm § 478 dieses Recht (unter Voraussetzungen) „auch“ nach Ablauf der Verjährung, so müsse diese Einrede notwendig auch schon vorher in derselben Weise zulässig gewesen sein [3]).

Die Erklärung hierfür ist darin zu finden, daß der Vordersatz des § 478 gesetzlich einen besonderen Ausnahmefall aufstellt, in welchem dem Käufer ein Recht gewährt wird, das er in dem im Irrealis folgendem Nachsatze in der Regel nur auf Grund der Wandelung hat [4]).

Aber auch einen zwingenden indirekten Beweis für die Richtigkeit der Vertragstheorie liefert § 478. Wäre nämlich der Anspruch auf Wandelung selbst schon ein Anspruch auf Rückgewähr, dann wäre er in den Fällen ausgeschlossen, in denen von dem Käufer noch nichts geleistet ist, in denen der Käufer den Preis noch nicht gezahlt hat, ihn also auch nicht zurückverlangen kann. Trotzdem aber entsteht gemäß den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht nur ein solcher Anspruch ohne Rücksicht auf vorangegangene Zahlung, sondern ist sogar auch der Verjährung ausgesetzt [5]). — Im § 478 ist dem Käufer „auch nach Vollendung der Verjährung“ des Wandelungsanspruches unter der Voraussetzung der rechtzeitigen Anzeige des Mangels an den Verkäufer die Wandelungseinrede gegeben.

---

3) Eccius S. 321 ff., Matthiaß D.J.Z. S. 208 und bürg. Recht. S. 500, Staub Anm. 46 zu § 377 S. 1359, Lobe S. 115, Haymann S. 544, Thiele S. 418, Mensing S. 15. Von Anhängern der Vertragstheorie: Kipp in Windscheid II § 395 I 3a S. 703 f.

4) Kaulbach S. 14. Vgl. eingehender § 22 „Die Wandelungseinrede“.

5) Oertmann Kom. 1 zu § 478 S. 400 findet den Grund für diese Behandlung der Einreden darin, daß es der Auffassung des Lebens durchaus widersprechen würde, wenn der Käufer, der seinerseits noch garnicht erfüllt hat, trotzdem besonders auf die Wandelnng oder Minderung klagen müßte. Der Verkäufer andrerseits sei, da ihm ja die Anzeige gemacht ist, durch das im § 466 verliehene Recht den Käufer zur Erklärung aufzufordern, genügend gedeckt.

§ 478 geht also von der Voraussetzung aus, daß der Wandelungsanspruch bereits vor der Zahlung des Kaufpreises verjährt ist. Somit liefert § 478 einen besonders prägnanten Beweis dafür, daß die Vertragskonstruktion in dem Gesetze gegeben ist [6]).

§ 15.

§ 479 B.G.B.

> „Der Anspruch auf Schadensersatz kann nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher eine der im § 478 bezeichneten Handlungen angenommen hat. Diese Beschränkung tritt nicht ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat."

Nach § 390 Satz 2 B.G.B. würde der Käufer den Anspruch auf Schadensersatz auch nach der Vollendung der kurzen Verjährung gegen die Kaufpreisforderung des Verkäufers aufrechnen können. Im § 479 ist diese Bestimmung beschränkt, damit der Käufer nicht noch nach langer Zeit mit einem Ersatzanspruch wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft hervortreten könne [1]).

Die Rücktrittstheorie, welche bei gezahltem Kaufpreis den Wandelungsanspruch als einen direkten Anspruch auf Rückleistung auffaßt, folgert nun, daß der Wandelungsanspruch aufrechenbar sein müsse, und, da er im § 479 nicht Erwähnung gefunden, nunmehr lediglich nach den Vorschriften von § 390 Satz 2 behandelt werden müsse, also auch ohne vorherige Anzeige aufrechenbar sei [2]).

Hieraus ergibt sich aber ein Widerspruch, sowohl mit dem § 479 selbst, als auch mit den Bestimmungen des § 478. Denn da im allgemeinen im Gesetz der Anspruch auf Schadensersatz

6) Oertmann D. Recht. 1 S. 31.

1) Ebert in Fischer-Henle Note 4 zu § 479 S. 237, Planck II Erl. zu § 479 S. 260, Oertmann Kom. 1 zu § 479 S. 402, Eck § 75 S. 457.

2) Eccius S. 329.

eine besondere Bevorzugung genießt, ist nicht anzunehmen, daß ohne Not von dieser, in der Natur des Anspruches begründeten Regel, hier eine Ausnahme gemacht sein sollte und der einfache Wandelungsanspruch gegenüber dem Anspruch auf Schadensersatz noch sogar bedeutend erleichtert sein sollte. Hat man doch gerade „im Interesse der Einfachheit des Gesetzes“ davon abgesehen den Schadensersatzanspruch gegenüber den anderen Gewährleistungsansprüchen hinsichtlich der Perpetuierung der Einreden zu privilegieren [3]). Und nun hätte man gerade das umgekehrte Verhältnis [4])! — Ein Widerspruch mit § 478 ist deshalb begründet, weil nicht anzunehmen ist, daß die Aufrechnung mit dem Wandelungsanspruch hier unbeschränkt zulässig sein sollte, während dagegen die Wandelungseinrede, gemäß § 478, von einer vor Ablauf der Verjährung zu erstattenden Anzeige an den Verkäufer abhängig gemacht wird. „So würde sich der Käufer, der bereits gezahlt hat, besser stehen, als der, welcher noch nicht gezahlt hat, ein Ergebnis, das unverträglich ist mit dem Geist zahlreicher Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, (vgl. § 222 Satz 2, § 343 Abs. 1, Satz 3, § 762, § 821, § 853 usw.)“ [5]).

Die Vertragstheorie liefert eine sehr einfache und ungezwungene Erklärung dafür, weshalb der Wandelungsanspruch im § 479 unerwähnt geblieben ist. Einfach deshalb nämlich, weil er eben nur einen Anspruch auf Abschluß eines Vertrages darstellt [6]). Von diesem Standpunkte lösen sich sowohl die Widersprüche aus § 479 selbst, als auch die zu dem § 478.

Haymann versucht vermittels der Bestimmungen über den Werkvertrag, §§ 634, 638 und 639, den Nachweis zu führen, daß im Gesetze die Kompensabilität der Wandelungsansprüche anerkannt sei [7]). Auf die hier gestattete Wandelung finden nach § 634 Abs. 4 „die für den Kauf geltenden Vorschriften der

3) Protokolle II Bd. 1 S. 705.

4) Flechtheim D.J.Z. S. 320, Kaulbach S. 14 f.

5) Flechtheim c. l.

6) Vgl. Eccius S. 329.

7) Haymann S. 546.

§§ 465 bis 467, 469 bis 475 entsprechende Anwendung." Trotz der Anwendbarkeit des § 465 bestimme aber § 639 Satz 1, daß „auf die Verjährung der im § 638 bezeichneten Ansprüche des Bestellers" auch § 479 „entsprechende Anwendung" finde. Damit sei der Anspruch auf Wandelung und Minderung aufrechenbar.

Mittels dieser Deduktion würden allerdings die oben erwähnten Widersprüche fortfallen, denn wenn die Kompensabilität des Wandelungsanspruches aus § 479 hergeleitet wird, dann unterliegt sie auch den dort genannten Bestimmungen. Es ist aber nicht anzunehmen, daß das Gesetz den § 479 auf den Wandelungsanspruch angewandt wissen will und ihn dann in § 479 unerwähnt gelassen haben sollte. Der Text von § 479 steht dieser Auffassung entgegen.

Die im § 639 bestimmte „entsprechende" Anwendung des § 479 auf die in § 638 benannten Ansprüche kann sich nur auf den Anspruch auf Beseitigung und auf den Anspruch auf Schadensersatz beziehen [8]).

§ 16.

§ 480 B.G.B.

„Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464 bis 466, des § 467 Satz 1 und der §§ 469, 470, 474 bis 479 entsprechende Anwendung. Fehlt der Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, eine zugesicherte Eigenschaft, oder hat der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Käufer statt der Wandelung, der Minderung oder der Lieferung einer mangelfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen."

8) Kaulbach S. 15 Anm. 1. Vgl. über „Aufrechnung" § 24.

Die Anhänger der Restitutionstheorie finden in diesem Paragraphen einen angeblich zwingenden Beweis für die Haltlosigkeit der Vertragstheorie [1]). Die im Anschluß an § 465 aufgestellten Thesen würden hier aufgegeben, es sei der Beweis geliefert, daß die Vertragstheorie keinen Platz im Gesetze habe [2]).

In Verfolg der Konstruktion der Wandelung als Vertrag ergebe sich, da § 465 hier gemäß Satz 2 analog zur Anwendung gelange, daß der Käufer keinerlei Anspruch auf direkte Nachlieferung mangelfreier Sachen statt mangelhafter habe, sondern daß die Bezugnahme auf § 465 besage, daß zunächst der Abschluß eines Vertrages notwendig sei. Der Käufer habe somit nur einen Anspruch auf Abschluß eines Vertrages, auf Grund dessen er erst die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen könne [3]). Da nun aber „der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache" nichts anderes sei, als der Anspruch auf Erfüllung des Vertrages", so beständen nun zwei völlig gleichlautende Verträge, denn dieselbe Verpflichtung sei auch schon in dem Kaufvertrage enthalten [4]). Gemäß der Vertragstheorie käme der Käufer also nur zu seinem Rechte, wenn der Verkäufer ihm noch einmal verspräche, was er ihm schon einmal bindend versprochen und nicht gehalten habe [5]). Der Gesetzestext von § 480 Satz 1 schließe aber die Annahme eines Vertrages völlig aus, der Anspruch auf Nachlieferung sei kein Anspruch auf Vertragsschluß. Somit bestände aber ein direkter Widerspruch zwischen den beiden ersten Sätzen von § 480. Nach Satz 1 könne der Käufer sofort eine mangelfreie Sache verlangen, nach Satz 2 hingegen habe er nur einen Anspruch auf die Einwilligung

---

1) Haymann S. 545 ff., Staub Anm. 46 zu § 377 S. 1359.

2) Beith S. 54.

3) Haymann S. 545 f. Diesen Schluß zieht tatsächlich Eck § 75 S. 459: „Das Gesetzbuch erblickt also in diesem Rechte eine Art von Wandelung. Verlangt also der Käufer Nachlieferung, und ist der Verkäufer damit einverstanden, so ist ein neuer Vertrag entstanden (§ 465)". Ebenso Kloß S. 288.

4) Staub c. l., Neumann Kom. 2 zu § 480 S. 230, Planck II Erl. 3 zu § 480 S. 260, Beith c. l.

5) Haymann c. l.

des Verkäufers zur Lieferung einer solchen. Der Hinweis auf § 465 könne nur die Bedeutung haben, daß das jus variandi des Käufers zum Erlöschen gebracht werde.

Die hier von gegnerischer Seite der Vertragstheorie unterstellte Absicht in dem Anspruch des Käufers auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache, anstatt der mangelhaften, nicht einen Anspruch auf tatsächliche Nachlieferung, sondern einen Anspruch auf Abschluß eines Vertrages zu erblicken, trifft nicht zu. Die Vertragstheorie bestreitet nicht, daß es sich bei dem Anspruch des Käufers aus § 480 Satz 1 um einen wahren Leistungsanspruch handelt. Der § 465 soll aber auch nicht in vollem Umfange, sondern nur „entsprechend" zur Anwendung gelangen. Das kann in diesem Falle nur in der Weise geschehen, daß die, auch gemäß der Vertragstheorie in § 465 enthaltene Bestimmung bezüglich der Beendigung des jus variandi des Käufers hier zur Anwendung gelangt. „Die auf die Nachlieferung gerichtete Wahl des Käufers ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer mit der verlangten Nachlieferung einverstanden erklärt hat, oder zur Nachlieferung rechtskräftig verurteilt ist (§ 465)" [6]). „§ 465 gibt den Zeitpunkt der Konzentration an. Wie der Käufer einer Speziessache sein Wahlrecht dadurch verliert, daß der Verkäufer auf das Wandelungs- oder Minderungsbegehren eingeht, so tritt auch beim Gattungskauf ein entsprechendes Ergebnis dadurch ein, daß der Verkäufer diejenige seiner drei Verpflichtungen [7]) auf die der Käufer sein Begehren gerichtet hat, erfüllt, — also je nachdem, durch Einwilligung in das Wandelungsbegehren, in das Minderungsbegehren, oder Vornahme der Nachlieferung (nicht die nach § 480 Satz 1 unnötige Einwilligung in die letztere" [8]).

Aber, wenden die Gegner ein, § 480 beweise zugleich, daß die Nichtaufnahme der Ansprüche aus § 462 in § 479 nicht etwa

---

6) Planck II Erl. 4 b zu § 480 S. 261, Neumann Kom. 2 zu § 480 S. 230, Kaulbach S. 29.

7) Als facultas alternativa aufzufassen; vgl. § 8 S. 32.

8) Oertmann D. Recht. 1 S. 6, Oertmann Kom. 2 zu § 480 S. 403 f.

mit der aus der Vertragstheorie zu folgernden Inkompensabilität dieser Ansprüche begründet werden könne. Denn in der Citierung des § 479 in § 480 werde die Kompensabilität des gleichfalls dem § 465 unterworfenen Anspruches auf Nachlieferung anerkannt, was unmöglich wäre, wenn dieser Anspruch nur auf Abschluß eines Umtauschvertrages ginge, wohl aber denkbar sei, wenn unmittelbar die Nachlieferung einer mangelfreien Gattungssache nach § 480 trotz § 465 gefordert werden könne, und der Verkäufer gegen den Käufer einen gleichartigen Anspruch habe. „Seltsamerweise haben die Anhänger der Vertragstheorie aus dieser ihrer Konstruktion die Unanwendbarkeit des § 479 für den Fall des § 480 trotz der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes gefolgert, anstatt aus der klaren Vorschrift des Gesetzes die Unanwendbarkeit ihrer Konstruktion“ [9]).

Wie schon oben dargetan, wird aber von den Vertretern der Vertragstheorie der im § 480 dem Käufer gegebene Anspruch garnicht als ein Anspruch auf Abschluß eines Umtauschvertrages aufgefaßt [10]). Es ist vielmehr ausdrücklich anerkannt, daß es sich hier, im Falle des § 480, um einen wahren Leistungsanspruch handelt, und daß § 465, der hier „entsprechende“ Anwendung finden soll, nur in der seiner Funktionen zur Anwendung kommt, welche das jus variandi des Käufers beendet. Der Verkäufer hat gegen den Käufer somit nur den gleichartigen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises. — Wenn Planck erklärt: „Der § 479 endlich ist auf den hier in Rede stehenden Anspruch nicht anwendbar“ [11]), so verweist er gleichzeitig auf Nr. 6 der Erläuterungen zu § 480. Dort heißt es: „Das Recht des Käufers (statt der Wandelung, der Minderung, oder der Lieferung einer mangelfreien Sache) Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, ist bei dem Kaufe einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, abweichend vom § 463, an die Voraussetzung geknüpft, daß der Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt, oder

9) Haymann S. 546.

10) Mit Ausnahme von Kloß S. 288.

11) Planck II Erl. 4 i zu § 480 S. 261.

der Verkäufer einen zu dieser Zeit vorhandenen Fehler der in § 459 Abs. 1 bezeichneten Art arglistig verschwiegen hat (§ 480 Abs. 2). Die Zeit der Vertragsschließung kann bei dem Verkauf einer Gattungssache nicht entscheiden, weil zu dieser Zeit noch nicht eine bestimmte Sache geschuldet wird. Im übrigen gelten für den Schadensersatzanspruch die allgemeinen Vorschriften, insbesondere die §§ 464, 476, 477, 479" [12]).

Die Widerlegung der weiteren Einwände, welche Haymann gegen die Vertragskonstruktion, anknüpfend an den Untergang der Sache, erhebt [13]), erübrigt sich, da sie von der falschen Voraussetzung abhängig sind, daß die Vertragstheorie in dem im § 480 dem Käufer gegebenen Anspruch einen Anspruch auf Abschluß eines Umtauschvertrages erblicken müsse.

IV. Feststellung der in den Vorbereitungen des Gesetzes beabsichtigten Konstruktion.

§ 17.

Die Beratungen der ersten Kommission.

In dem Vorstehenden dürfte der Nachweis geführt sein, daß in dem Texte des Bürgerlichen Gesetzbuches die Konstruktion der Wandelung als ein Vertrag durchgeführt ist.

Aus den Materialien geht des Weiteren hervor, daß diese Konstruktion auch von den Mitgliedern der Kommission zur Vornahme einer zweiten Lesung des Entwurfs gewollt ist. Dies wird auch von den Gegnern der Vertragskonstruktion nicht bestritten. So erkennt Matthiaß an, daß die Kommission nicht nur wissenschaftlich konstruieren, sondern auch gesetzgeberisch gestalten wollte" [1]).

Im allgemeinen schlossen sich die Mitglieder der ersten Kom-

12) Planck II Erl. 6 zu § 480 S. 261.

13) Haymann S. 546 ff.

1) Matthiaß D.J.Z. S. 205; vgl. Protokolle II Band 1 S. 680, 710.

mission zur Ausarbeitung des Entwurfes[2]) den Grundsätzen des römischen Rechtes über die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache, deren Voraussetzungen und den aus ihr resultierenden Rechten und Pflichten durchweg an. Uneinigkeit entstand nur über die Frage wie die Gestaltung des Wandelungsanspruchs zu konstruieren sei, damit sie sich harmonisch in das System des Bürgerlichen Gesetzbuches eingliedere.

Die Vorlage des Redaktors bestimmte in § 25, daß, wenn „die Haftung des Verkäufers nach Maßgabe der §§ 22 bis 24 begründet wäre, der Erwerber nach seiner Wahl, entweder die Aufhebung des Vertrages (Wandelung) oder Herabsetzung seiner Gegenleistung (Minderung) verlangen könne“[3]). Im § 30, der die Folgen der vollzogenen Wandelung regelt, wird, neben § 16, auf den § 17 Bezug genommen, der Bestimmungen trifft über die Folgen des aufgehobenen Vertrages für den Fall der Gewährleistung des veräußerten Rechts. § 17 verpflichtete den Veräußerer, „im Falle der Aufhebung des Vertrages dem Erwerber die empfangene Gegenleistung zurückzugeben, die Vertragskosten zu erstatten, und denselben von den infolge des Vertrages übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien.“ — Über die Wahl des Käufers war nichts bestimmt, auch hatte man nicht ausdrücklich erklärt, „daß die Vorschriften über die Alternativobligationen für die Wahl anwendbar seien, ihre Anwendung vielleicht für selbstverständlich gehalten.“ Diese Bestimmungen entsprachen ganz denen der actio redhibitoria. — In der ersten Kommissionen standen sich zwei Auffassungen gegenüber. Nach der einen sollten die Rechte auf Wandelung oder Minderung als einseitige Rücktrittsrechte geltend gemacht werden, die andere Auffassung verlangte ihre Konstruktion als ein zweiseitiges Aufhebungsrecht[4]). — In der 92. Sitzung[5]) beschäftigte die

2) Zum Redaktor des Teilentwurfes über das Recht der Schuldverhältnisse wurde von der ersten Kommission ihr Mitglied von Kübel gewählt.

3) Es ist bemerkenswert, daß hier „Wandelung“ mit „Aufhebung des Vertrages“ identifiziert wird.

4) Motive II S. 238 ff. 5) Protokolle I S. 775.

Kommission diese Frage und die hieran anschließende, ob die Frist zur Geltendmachung der Wandelung als eine Präklusivfrist oder eine Verjährungsfrist zu gestalten sei[6]). Im Antrag 2 wurde eine Präklusivfrist verlangt, zugleich war aber ein Eventualantrag gestellt, welcher dahin zielte die Frist als eine Verjährungsfrist zu gestalten, dann aber: „den zu § 25 gefaßten Beschluß, nach welchem dem Erwerber statt des Rechtes die Aufhebung des Vertrages zu verlangen, das Recht von dem Vertrage zurückzutreten beigelegt ist, wieder aufzuheben, die Fassung des Entwurfs wiederherzustellen und zu Protokoll zu konstatieren, daß, unter dem Rechte die Aufhebung des Vertrages oder Herabsetzung der Gegenleistung zu verlangen, das Recht verstanden wird, die Abschließung eines hierauf gerichteten Vertrages zu verlangen"[7]). — Damit fand die Vertragskonstruktion zum erstenmal Erwähnung. — Dieser Antrag wurde später fallen gelassen; in der 93. Sitzung, in welcher über diese Anträge erst beraten wurde, erwähnte man die in Anregung gebrachte Vertragskonstruktion nicht mehr. Anstatt seiner wurde ein „verbesserter" Antrag bezüglich des § 25 in folgender Form angenommen:

> „Der Erwerber habe die Wahl zu verlangen, entweder, daß der Vertrag rückgängig gemacht (Wandelung), oder daß die Gegenforderung herabgesetzt werde (Minderung)"[8]).

In der 92. Sitzung entschied sich die Mehrheit für die Annahme der Verjährungsfrist und bestimmte weiter, daß: „auch einredeweise nach Ablauf der Frist von dem Erwerber die wegen

---

6) Der schon damals erörterte nachmalige § 194 BGB. läßt nur „Ansprüche", das sind „Rechte von einem Andern, ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen", der Verjährung unterliegen. Wenn also eine „Verjährungsfrist" Anwendung finden sollte, so ergab sich damit die Notwendigkeit, die Rechte des Käufers als „Ansprüche" zu konstruieren. Vergl. über den Gegensatz von „Anspruchs"-verjährung und „Rechts"-befristung R. Fischer S. 38 f.

7) Protokolle I S. 776.

8) Protokolle I S. 787.

der Mängel ihm zustehenden Rechte nicht mehr geltend gemacht werden können“ [9]).

Die Mehrheit begründete diese Entscheidung damit, daß die Präklusivfrist insoweit „eine bedenkliche Neuerung“ sei, weil auf sie die Bestimmungen über Unterbrechung und Hemmung der Verjährung nicht angewendet werden könnten.

Wenn Veräußerer wie Erwerber geleistet hätten, seien die Rechte des Erwerbers zweifelsohne als Ansprüche aufzufassen. Dem Erwerber stehe ein Anspruch auf gänzliche oder teilweise Rückgewähr des von ihm Geleisteten zu.

Die Mehrheit gab zu, daß, wenn zwar der Veräußerer, aber noch nicht der Erwerber geleistet habe, der Einwand möglich sei, daß auf seiten des Erwerbers ein auf eine positive oder negative Leistung gerichteter Anspruch fehle. Es wurde daher konstatiert, daß dem Erwerber, „von dem noch nicht geleistet sei, gleichwohl auch ein wirklicher und wahrer Anspruch zustehe, welcher seinem Wesen nach von demjenigen Anspruch der ihm nach erfolgter Leistung zustehe, nicht verschieden sei“ [10]). Dieser, „dem Anfechtungsrecht verwandte Anspruch sei auf gänzliche oder teilweise Befreiung von den durch den Vertrag für den Erwerber entstandenen Verpflichtungen gerichtet . . .“ „Habe der Erwerber noch nicht geleistet, so sei es jener Anspruch auf Befreiung, welcher der kurzen Verjährung unterliege . . .“

Auf Grund dieser Beratungen entstand die Fassung der Paragraphen im Entwurf 1.

§ 383.

„Ist die Haftung des Veräußerers nach den §§ 381, 382 begründet, so kann der Erwerber nach seiner Wahl verlangen, entweder daß der Vertrag rückgängig gemacht (Wandelung), oder daß die Gegenleistung herabgesetzt werde (Minderung).“

§ 384.

„Auf die Wahl zwischen dem Rechte der Wandelung und dem Rechte der Minderung finden die Vorschriften

9) Protokolle I S. 779. 10) Protokolle I S. 781.

des § 208 und des § 209 Satz 1 entsprechende Anwendung" [11]).

§ 387

bestimmt die Anwendung der Vorschriften über das Rücktrittsrecht.

§ 397.

„Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung unterliegen in Ansehung beweglicher Sachen einer Verjährung von sechs Monaten, in Ansehung unbeweglicher Sachen einer Verjährung von einem Jahre dergestalt, daß nach Vollendung der Verjährung die Rechte von dem Erwerber auch nicht mehr einredeweise geltend gemacht werden können" usw.

Das Resultat der Beratungen der ersten Kommission war somit:

Die dem Käufer zustehenden Rechte sind, im Gegensatz zum vertragsmäßigen Rücktrittsrecht, Ansprüche. Dieselben gehen unmittelbar auf gänzliche oder teilweise Restitution des von ihm Geleisteten, falls er noch nicht geleistet hat, auf gänzliche oder teilweise Befreiung von der durch den Kaufvertrag entstandenen Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises [12]). Der Anspruch des Käufers unterliegt einer kurzen Verjährung [13]).

Die erste Kommission stand, wenngleich die Vertragskonstruktion in ihren Beratungen schon Erwähnung fand, vollständig auf dem Standpunkte der actio redhibitoria.

---

11) § 208: „Die Wahl ist vollzogen, wenn sie von dem wahlberechtigtem Teile gegenüber dem anderen Teile erklärt worden ist. Die Wahl gilt auch dann als vollzogen, wenn der wahlberechtigte Schuldner eine der Leistungen, sei es auch nur teilweise, bewirkt, oder wenn der wahlberechtigte Gläubiger eine der Leistungen, sei es auch nur teilweise, angenommen hat". § 209 Satz 1: „Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich".

12) Protokolle I S. 753 ff., Motive II zu § 387 S. 230 ff.

13) Motive I S. 292: „Zur Vermeidung von Zweifeln, ob eine gesetzte Frist eine Verjährungsfrist oder Ausschlußfrist sei, wird in dem Entwurf überall da, wo die Satzung einer Verjährungsfrist bezweckt ist, ausdrücklich von „Verjährung", „verjähren" gesprochen.

§ 18.

Die Beratungen der zweiten Kommission.

Die §§ 383, 384 und 397 standen in der 83. Sitzung der zweiten Kommission erneut zur Beratung [1]). Die Auffassung, welche die Gestaltung der Rechte als einseitige Rücktrittsrechte wünschte, wurde sehr verteidigt. Von fünf vorliegenden Anträgen ging nur einer auf die Gestaltung der Wandelung als Anspruch.

In einem Beschluß zur Geschäftsordnung tauchte hier wieder die Vertragstheorie auf. Die Kommission beschloß: „Die Beratung zunächst auf die Frage zu beschränken, ob im Falle der Haftung des Verkäufers nach den Grundsätzen der §§ 381, 382 dem Käufer das Recht zustehen solle durch eine einseitige, dem Verkäufer gegenüber abzugebende Erklärung vom Vertrage zurückzutreten, bezw. den Kaufpreis verhältnismäßig zu mindern, oder ob ihm nur ein, im Wege der Klage oder Einrede verfolgbarer Anspruch des Inhalts gegeben sei, daß der Verkäufer in die Wandelung oder Minderung einwillige.“ Gleichzeitig „den § 397 (über die Verjährung), soweit derselbe sich auf die in § 383 bezeichneten Rechte bezieht, und den Charakter der Frist betrifft, mit zur Beratung zu stellen“ [2]). — Zu § 397 lagen neun Anträge vor, welche sich bis auf einen für den Charakter der Wandelung als Anspruch und die Durchführung der Verjährung aussprachen. Die Kommission beschloß: „unter Ablehnung des den primären Anträgen 3 und 8a zu Grunde liegenden Prinzips (Rücktrittsrechts), die im § 383 bezeichneten Rechte als Ansprüche zu gestalten“ [3]).

---

1) Protokolle II Bd. 1 S. 673 ff.

2) Protokolle II Bd. 1 S. 674.

3) Protokolle II Bd. 1 S. 676. Ähnliche Ansprüche auf Ablösung eines Rechtsverhältnisses im Bürgerlichen Gesetzbuch sind: Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft § 749, der Ehescheidungsanspruch § 1564, der Anspruch auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft § 1575, der Anspruch auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung § 1418.

Hierauf konstatierte der Vorsitzende ohne Widerspruch, „daß sich hieraus auch die Annahme der im Antrage 6 vorgeschlagenen Begrenzung des Anspruches durch eine sechsmonatige, bezw. einjährige Verjährungsfrist und die Perpetuierung der Einrede durch eine vor Ablauf der Verjährung erfolgende Anzeige des Mangels ergebe“ [4]). — In den diesem Beschlusse vorangegangenen Beratungen bestand Einigkeit darüber, daß das Recht des Käufers einer zeitlichen Begrenzung bedürfe. Die Ansichten gingen nur darin auseinander, ob dieselbe, wie beim vertragsmäßigen Rücktrittsrecht, durch Aufstellung einer Präklusivfrist, oder durch Bestimmung einer kurzen Verjährung für die aus dem Mangel des Kaufgegenstandes abzuleitenden Ansprüche gewonnen werden sollte. Anscheinend knüpfte die Minderheit, wie auch schon in der ersten Lesung, ihre Einwände gegen die Anspruchstheorie immer an den gedachten Fall, daß von seiten des Käufers der Kaufpreis noch nicht gezahlt sei. Sie machte zu Gunsten der Präklusivfrist geltend, daß die Auffassung, daß trotz der Mangelhaftigkeit der Sache der ganze Preis geschuldet werde, und daß der Verkäufer nur angehalten werden könne in die Aufhebung oder Änderung des Vertrages zu willigen, ihren Grund in der geschichtlichen Entwicklung des römischen Rechts habe, und eine Reminiszenz an dasselbe sei, die dem heutigen Rechtsbewußtsein fern liege. „Die heutige Rechtsanschauung erblicke in der Mängelhaftung des Verkäufers eine materielle Abschwächung derjenigen Gebundenheit, welche für den Käufer mit dem Abschlusse des Kaufvertrages herbeigeführt werde, und verbinde mit dem letzteren von vorneherein den Sinn, daß die Verpflichtung des Käufers abhängig sei von der Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache. Für eine Kodifikation des bürgerlichen Rechts sei deswegen nicht das bestehende Recht, sondern lediglich die Frage ausschlaggebend, welche der vorgeschlagenen Rechtsformen sich harmonischer in das zu Grunde gelegte System einfüge und den materiellen Interessen sowohl des Käufers, als auch des Verkäufers, am meisten gerecht werde“ [5]).

4) Protokolle II Bd. 1 S. 676.

5) Protokolle II Bd. 1 S. 677.

Hierzu bemerkt Haymann[6]), daß die Annahme der Minderheit, es sei für die Mehrheit bestimmend gewesen, daß die Vertragstheorie auch den ädilicischen Ansprüchen zu Grunde gelegen habe, unwahrscheinlich sei, weil man nicht annehmen könne, daß es der Mehrheit unbekannt gewesen wäre, daß die römischen Ansprüche ohne das Medium eines Vertrages direkt auf Restitution gerichtet waren. Die actio redhibitoria und ebenso die actio quanti minoris seien in jedem Falle auf ein Tun des Verkäufers gerichtet gewesen, „beides Male war der Anspruchscharakter gewahrt, beides Mal aber auch das berechtigte Interesse des Käufers“ [7]). Ein seltsamer Irrtum habe die zweite Kommission veranlaßt, nur um den Anspruchscharakter der Gewährleistungsansprüche zu retten, die klaren praktischen Bestimmungen des Entwurfes 1 im Sinne der Vertragstheorie abändern zu wollen.

Wie jedoch schon oben erwähnt, hatte die Kommissionsminderheit bei den Beratungen den Fall im Auge, daß der Kaufpreis von dem Käufer noch nicht gezahlt sei. In diesem Falle hatte auch der Redhibitionskläger ein Interesse daran, daß der Verkäufer seine Vertragsrechte einbüße. In diesem Falle ging die actio redhibitoria auf Befreiung von der Kaufgeldschuld[8]).

Es ist natürlich nicht anzunehmen, daß die zweite Kommission den Anspruchscharakter der actio redhibitoria in Zweifel gestellt habe, allein sie verband mit der Wandelung einen anderen Begriff. Schon im § 25 der Vorlage des Redaktors bedeutet „Wandelung“ nicht „Rückzahlung des Kaufpreises“, sondern „Aufhebung des Vertrages“, erst deren Folge ist die Rückgewähr. Somit konnte die actio redhibitoria bei der beabsichtigten Gestaltung der Wandelung als Anspruch nicht in Betracht kommen, da sie ja erst als eine Folge der vollzogenen Wandelung entsteht. Wollte man von dem Gesichtspunkte aus, daß „Wandelung“ gleichbedeutend sei mit „Aufhebung des Kaufvertrages“, dem Wandelungsrecht den Charakter eines Anspruches beilegen, so blieb nur übrig die Wandelung als Vertrag zu konstruieren[9]).

---

6) Haymann S. 535. 7) Haymann S. 536.
8) l. 29 § 1 D. de aed. ed. 21,1; vgl. § 2 S. 7 Anm. 22.
9) Vgl. Kaulbach S. 19.

Dem obigen Einwande der Kommissionsminderheit setzte die Mehrheit entgegen, daß nach dem geltenden Rechte die Frist für die Geltendmachung der im § 383 bezeichneten Rechte nicht als Präklusivfrist, sondern als Verjährungsfrist behandelt sei. „Eine Abweichung von diesen Grundsätzen würde nur dann gerechtfertigt sein, wenn entweder die in § 383 bezeichneten Rechte nach dem System des Entwurfs nicht als Ansprüche aufgefaßt werden könnten, oder nachgewiesen wäre, daß das bestehende Recht zu praktischen Unzuträglichkeiten geführt hätte. Beide Voraussetzungen seien jedoch nicht gegeben [10]). Man könne das Verhältnis ohne Zwang in der Art gestalten, daß der Mangel den Käufer berechtige die Aufhebung des Kaufes oder die Herabsetzung des Kaufpreises durch einen darauf gerichteten Vertrag von dem Verkäufer zu verlangen. Weigere sich der Verkäufer einen solchen Vertrag einzugehen, so könne er darauf verklagt werden, und werde durch das rechtskräftige Urteil nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung seine Einwilligung ersetzt. Als Folge der Aufhebung des Kaufes ergebe sich dann von selbst das Recht des Käufers die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, und, falls er bereits bezahlt habe, das Gezahlte zurückzufordern, wobei er sich dann freilich seinerseits zur Herausgabe der erhaltenen Sache erbieten müsse. Von selbst verstehe es sich, daß er diese Ansprüche zugleich mit dem zu Grunde liegenden Anspruch auf Aufhebung oder Änderung des Kaufes geltend machen könne. Bei dieser Konstruktion ergebe sich, daß immer ein Anspruch im Sinne des Entwurfes vorhanden, der Anspruch aber der Verjährung unterworfen sei . . .“ — „Fasse man die in § 383 bezeichneten Rechte als Ansprüche auf, so unterliege es jedenfalls vom theoretischen Standpunkte keinen Bedenken, die im § 397 bestimmte Frist als Verjährungsfrist zu gestalten. Für diese Gestaltung sprächen aber auch Erwägungen wesentlich praktischer Natur“[11]).

Wie schon oben vorweggenommen, beschloß die Kommission auf Grund dieser Erörterungen die Gestaltung der Rechte in

10) Protokolle II Bd. 1 S. 679, 680.
11) Protokolle II Bd. 1 S. 680.

§ 383 als Ansprüche, und genehmigte die Gestaltung der begrenzten Frist als einer Verjährungsfrist. Der Paragraph wurde nicht in den Protokollen formuliert, man beschränkte sich auf die Angabe der bei seiner Gestaltung maßgebenden Gesichtspunkte. — Eine Rekonstruktion des Paragraphen versucht Huch gemäß dem Kommissionsbeschluß vom 2. Februar 1892 [12]). Er geht hierbei von dem Antrage 1 der 83. Sitzung aus, der mit dem Kommissionsbeschluß, gemäß den Protokollen [13]), in dem Bestreben übereinstimmt, den Rechten aus § 383 Anspruchsnatur beizulegen. Den gefaßten Beschlüssen entsprechend geändert müßte der Paragraph nach Huch lauten:

> § c. „Im Falle der Haftung des Verkäufers kann der Käufer nach seiner Wahl verlangen, entweder, daß der Verkäufer in die Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder in die Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) einwillige."

Einen derartig prägnanten Ausdruck hat, wie Huch bemerkt, die von der Kommission angestrebte Konstruktion des Wandelungsvollzuges im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht erhalten.

In der 84. Sitzung stand § 384 zur Beratung [14]):

> „Auf die Wahl zwischen dem Rechte der Wandelung und dem Rechte der Minderung finden die Vorschriften der §§ 208, 209 Satz 1 entsprechende Anwendung."

Diese Paragraphen 208 und 209 Satz 1 [15]) enthalten die Bestimmungen über die Alternativobligation.

Es lag erstens der Antrag vor, den § 384 durch den schon zur 83. Sitzung beantragten § c (Antrag 1) [16]) zu ersetzen:

> „Im Falle der Haftung des Verkäufers kann der Käufer nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung), oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen. Die Wahl ist vollzogen, wenn sie

12) Huch S. 29.
13) Protokolle II Bd. 1 S. 676.
14) Protokolle II Bd. 1 S. 685.
15) Vgl. den Text derselben oben § 17 S. 77 Anm. 11.
16) Protokolle II Bd. 1 S. 673.

von dem Käufer gegenüber dem Verkäufer erklärt worden ist. Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich."

Zweitens war beantragt den § 384 zu streichen.

Die Kommission entschied sich für den vom Entwurf sachlich nicht abweichenden § c (Antrag 1). — Zu Gunsten des Streichungsantrages war geltend gemacht worden, „daß, obwohl zugegeben werden müsse, daß die Anwendbarkeit der im Entwurf angezogenen und im § c inhaltlich wiederholten Bestimmungen über die Alternativobligation auf das Wahlrecht des Käufers sich nicht unmittelbar ergebe, da es sich hier nicht um ein einheitliches Schuldverhältnis, sondern um mehrere besondere Rechtsverhältnisse handele, so sei es doch schon aus formellen Gesichtspunkten nicht ratsam hier ausdrücklich die Anwendung der §§ 208, 209 Satz 1 vorzuschreiben." Ferner „passe die übernommene Vorschrift auch sachlich nicht für das hier in Frage kommende Rechtsverhältnis. Gehe man davon aus, daß der Käufer ein Recht habe, von dem Verkäufer zu verlangen, daß dieser mit ihm einen Vertrag auf Wandelung oder Minderung abschließe, so sei nicht abzusehen, weshalb der Käufer auch dann an seine Erklärung gebunden sein solle, wenn der Verkäufer die gestellte Offerte abgelehnt habe" [17]). Daher beantragte man die Streichung des § 384. Dieser Begründung lag das richtige Empfinden zu Grunde, daß das als Vertrag konstruierte Wandelungsrecht schon in sich selbst eine Regelung des Wahlrechts enthält, da nach den allgemeinen Grundsätzen über Verträge erst mit dem Abschlusse des Vertrages eine unwiderrufliche Bindung eintritt. — Die weitere Entwicklung stand unter dem Einflusse dieses Gedankenganges.

Die Mehrheit lehnte jedoch diesen Antrag ab. Sie entgegnete, „daß es schon aus Gründen der Zweckmäßigkeit wie der Gemeinverständlichkeit des Gesetzes erforderlich erscheine, einen Rechtssatz über die Wirkung der Ausübung des dem Käufer zustehenden Wahlrechtes in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, um über diese im Leben so bedeutsame Frage nicht

---

17) Protokolle II Bd. 1 S. 685.

Zweifel übrig zu lassen" [18]). Somit war der Käufer an seine einmal abgegebene Erklärung gebunden. Aber nicht nur aus diesem Grunde, wegen dieser unzweckmäßigen Vorschrift allein, konnte die Fassung des § 384 noch nicht als beendigt angesehen werden, der schon angeregte Gedanke, daß in der Vertragskonstruktion selbst eine Regelung des Wandelungsrechtes liege, suchte und fand Ausdruck.

In der 85. Sitzung der Kommission wurde zu § 393 beantragt:

1. Der § n des unter II gedachten Antrages mit folgendem Wortlaute:

> „Durch die Geltendmachung der Minderung wegen eines Mangels wird das Recht des Käufers wegen eines anderen, erst später entdeckten Mangels Wandelung, oder von neuem Minderung zu verlangen, nicht ausgeschlossen."

2. Der Antrag dem § n hinzuzufügen:

> „Der Übergang von der Minderungsklage zur Wandelungsklage oder zu einer anderen Minderungsklage gilt in diesem Falle nicht als Klageänderung."

Hierzu die weiteren Anträge:

a) in dem unter 2 vorgeschlagenen Zusatze die Worte „oder zu einer anderen Minderungsklage" zu streichen;

b) die Beratung des § 384 wieder aufzunehmen und den Abs. 2 desselben durch folgende Vorschrift zu ersetzen:

> „Das Recht des Verkäufers statt der verlangten Wandelung die Minderung, oder statt der verlangten Wandelung oder Minderung bei dem Vertrage stehen zu bleiben, wird erst dadurch ausgeschlossen, daß der Verkäufer sich mit der Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt hat" [19]).

Die Kommission vertagte die Beratung über den Unterantrag b bis zur nächsten Sitzung. Der sachlich mit dem § 393

18) Protokolle II Bd. 1 S. 686.

19) Protokolle II Bd. 1 S. 699.

übereinstimmende § n blieb unbeanstandet. Der Antrag 2 wurde mit 9 gegen 8 Stimmen abgelehnt, nachdem zuvor der Unterantrag a verworfen war.

In der 86. Sitzung der Kommission wurde nochmals in die Beratung des § 384 eingetreten. Es lagen vor:

1. Der Seite 699 der Protokolle II Bd. 1 unter b mitgeteilte (oben erwähnte) Antrag und

2. der Antrag a: den Absatz 2 des § c (S. 685 unter 1. Protokolle II Bd. 1)[20]) zu streichen und als § c^1 folgende Vorschrift aufzunehmen:

> „Die Wandelung und die Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, daß der Kauf rückgängig gemacht, oder der Kaufpreis herabgesetzt werde, einverstanden erklärt hat, oder zur Wandelung oder zur Minderung rechtskräftig verurteilt ist“[21]).

In dieser Fassung ist der Gedanke, das Wahlrecht durch den Charakter der Wandelung als Vertrag zu regeln, deutlich durchgeführt, anstatt des Ausdruckes „Wahl“ tritt hier das Wort „Wandelung“.

Es folgt dann nach anderen Anträgen als letzter unter 3 der Unterantrag, in dem unter 2 vorgeschlagenen § c^1, dem Abs. 1 hinzuzufügen:

> „Bis dahin ist der Käufer an eine von ihm erklärte Wahl zwischen Wandelung und Minderung und dem Anspruch auf Erfüllung des Vertrages nicht gebunden,“

den Antrag 2 oder abzulehnen. Der Antrag 1 wurde zu Gunsten des nach diesem Unterantrag 3 abzuändernden Antrages 2 a (§ c^1) Abs. 1 zurückgezogen[22]).

Der Antrag 2 a Abs. 1 wurde hierauf mit der unter 3 vorgeschlagenen Änderung sachlich angenommen. Der Abs. 2 war hierdurch erledigt. Aus ihm ist mit späteren unwesentlichen Veränderungen der § 465 hervorgegangen. Einverständnis ergab sich

---

20) vgl. Protokolle II Bd. 1 S. 673.

21) Protokolle II Bd. 1 S. 708.

22) Protokolle II Bd. 1 S. 709.

zunächst darüber, daß der zu § 384 früher gefaßte Beschluß im Sinne des Antrages 1 abzuändern sei. Die Kommission war der Ansicht: „Es sei unzweckmäßig den Käufer an die von ihm einmal gewählte Wandelung oder Minderung zu binden, während ihm das Recht, bei dem Vertrage stehen zu bleiben, so lange belassen bleiben solle, bis der Verkäufer sich mit der gewählten Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt habe, oder dazu rechtskräftig verurteilt sei. Bis zu diesem Zeitpunkte müsse der Käufer auch noch statt der Wandelung Minderung, und statt dieser Wandelung verlangen können“ [23]). — Weiterhin: „Das Gesetz müsse der Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig über die ihm zu Grunde liegende Konstruktion geben. Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandelung (und entsprechend des auf Minderung) nicht als das Recht durch einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, sondern als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufes, die Annahme des auf diesen gerichteten Vertragsantrages verlangen könne. Die Wandelung sei mithin vollzogen mit der Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers, oder der diese ersetzenden Verurteilung desselben [24]). Es empfehle sich, letztere neben der Erklärung des Einverständnisses besonders zu erwähnen, weil die Erklärung nach der Civilprozeßordnung § 779 (894 n. F.) nur durch ein zur Abgabe derselben verurteilendes Erkenntnis ersetzt werde, während davon auszugehen sei, daß die Klage des Käufers nicht gerade auf die Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Kaufes, oder in die Herabsetzung des Kaufpreises gerichtet sein müsse.“

An diesen letzten Satz anknüpfend wenden H a y m a n n und L o b e ein, „wenn der Käufer „„nicht gerade““ auf Abgabe der Einwilligungserklärung des Verkäufers in die Aufhebung des Kaufes zu klagen brauche, dann bestehe auch sein Wandelungsanspruch „„nicht gerade““ in der Rechte auf diesen Vertragsschluß. Damit aber habe die Kommission ihre eigene Theorie völlig

23) Protokolle II Bd. 1 S. 709.

24) Protokolle II Bd. 1 S. 710.

preisgegeben, ohne daß freilich sichtbar wäre, was nach ihrer Ansicht anderes als die bisherige Rechtsauffassung an die Stelle treten könnte“ [25]).

Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß dieser Satz die ihm unterschobene Bedeutung haben kann, nachdem soeben in denkbar deutlichster Weise die Absicht ausgesprochen wurde die Wandelung als Vertrag zu konstruieren. In diesem Satze wird empfohlen, neben der außergerichtlichen Erklärung des Einverständnisses des Verkäufers die diese ersetzende Verurteilung desselben besonders zu erwähnen, weil die Erklärung nach der Civilprozeßordnung § 779 (894 n. F.) nur durch ein zur Abgabe derselben verurteilendes Erkenntnis ersetzt werde.“ Wenn nun fortgefahren wird: „Die Klage des Käufers und das ergehende Urteil brauche nicht gerade auf die Einwilligung des Verkäufers in die Wandelung gerichtet sein,“ so kann das in bezug auf eine Stelle, S. 680 Protokolle II Bd. 1 nur die Bedeutung haben: „Da es sich von selbst versteht, daß der Anspruch auf Rückleistung zugleich mit dem zu Grunde liegenden Anspruch auf Wandelung geltend gemacht werden kann, braucht die Klage des Käufers und das ergehende Urteil nicht gerade auf die Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Kaufes, oder in die Herabsetzung des Kaufpreises gerichtet zu sein“ [26]). Es ist nicht notwendig, daß der Käufer zunächst auf die Einwilligung des Verkäufers zum Vertragsschluß zu klagen braucht und später dann auf Rückleistung, es ist vielmehr möglich diesen zeitraubenden Umweg zu ersparen, man kann die beiden Klagen verbinden, und dann geht die Klage „nicht gerade“ (nur) auf die Einverständniserklärung des Verkäufers, sondern auch gleichzeitig auf Rückgewähr [27]).

In den Kommissionsberatungen sickerte allmählich die Erkenntnis durch, daß § 465 eine doppelte Funktion haben könne, nachdem man ursprünglich durch ihn nur das Wahlrecht regeln wollte, erkannte man die Möglichkeit gleichzeitig in ihm die dem

25) Haymann S. 537, Lobe S. 114, ebenso Neumann, Kom. II 2 zu § 462 S. 221.

26) Vgl. Protokolle II Bd. 1 S. 679 f. 27) Vgl. § 20.

Wandelungsrecht zu Grunde liegende Vertragskonstruktion gesetzlich festlegen zu können. So erklärt sich seine etwas unklare Formulierung [28]). Allein im Zusammenhang mit den übrigen Gesetzesbestimmungen kann kein Zweifel bestehen, daß die Vertragskonstruktion im Bürgerlichen Gesetzbuche durchgeführt ist, wie ja auch soeben namentlich aus den letzten Erwägungen mit größter Klarheit hervorgeht, daß die Konstruktion der Wandelung als Vertrag von den Mitgliedern der zweiten Kommission in den Vorberatungen des Gesetzes gewollt ist. — Nach der Absicht der Mitglieder der zweiten Kommission, wie sie sich aus den Protokollen ergibt, und bei vorurteilsloser Würdigung der Bestimmungen des Gesetzestextes steht es ohne Zweifel fest, daß die Konstruktion der Wandelung als Vertrag vom Gesetzgeber gewollt und im Gesetze durchgeführt ist [29]).

Die Wandelung kann also nur durch einen Vertrag vollzogen werden, und zwar außergerichtlich dadurch, daß der Käufer Wandelung verlangt und der Verkäufer sich damit einverstanden erklärt (§ 465), oder daß der Verkäufer sich zur Wandelung erbietet und der Käufer sie alsdann verlangt (§ 466), oder auch auf prozessualem Wege, gerichtlich, durch das die Einverständniserklärung des Verkäufers ersetzende rechtskräftige Urteil gemäß § 894 der Civilprozeßordnung. — Wie aber aus dem Gesetze selbst hervorgeht, gibt es noch andere Erscheinungsformen der Vollziehung der Wandelung, und sind diese zum Teil so in der Natur der Sache begründet, daß es keiner Gesetzesbestimmung darüber bedurfte. Denn wenn nach § 465 zur Vollziehung der Wandelung das Einverständnis des Verkäufers genügt, so muß dies um so mehr der Fall sein, wenn das Wort in die Tat umgesetzt wird und der dem Einverständnis entsprechende Zustand

28) Kaulbach S. 22.

29) Daß die Konstruktion der Wandelung als Vertrag von den Mitgliedern der zweiten Kommission beabsichtigt ist, wird allgemein auch von den Gegnern anerkannt. So Thiele S. 396: „Hat § 465 den Abschluß eines Aufhebungsvertrages zum Gegenstand? Die Protokolle der zweiten Kommission, das ist zugegeben, sprechen es mit einer keinen Zweifel übrig lassenden Deutlichkeit aus“.

selbst herbeigeführt wird. — Die Vollziehung der Wandelung oder der Minderung tritt also auch durch jeden Modus ein, durch welchen der Wandelungs- oder Minderungsanspruch selbst erfüllt wird, wie durch freiwillige Zahlung des Verkäufers, Aufrechnung, Zwangsvollstreckung und dergleichen[30]).

Es erübrigt sich noch festzustellen, welche Folgerungen sich aus der Konstruktion der Wandelung als Vertrag ergeben und zu prüfen, ob sich hier unüberwindliche Hindernisse entgegenstellen. Denn auch an diese knüpfen sich viele Einwände und Bedenken der Gegner.

V. Folgerungen der Vertragskonstruktion.

§ 19.

Die Vertragskonstruktion in ihrem Verhältnis zu den Bestimmungen über Verträge.

Da in dem Verlangen der Wandelung zugleich ein Vertragsantrag enthalten ist, finden die Bestimmungen über Verträge, §§ 145 ff. B.G.B. hier Anwendung.

Die Anhänger der gegnerischen Theorieen machen der Vertragskonstruktion den Vorwurf, daß ihre Konstruktion der Wandelung sich mit den obengenannten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in Widerspruch setze[1]). Nach den gegnerischen Theorien bildet das Wandelungsverlangen keine Vertragsofferte, sondern sei vielmehr die Geltendmachung eines Rechtes[2]). Der Verkäufer könne seine Einverständniserklärung zur Wandelung so lange abgeben, als der Käufer sein Wandelungsverlangen nicht zurückgenommen habe, ein Vertragsschluß sei nicht beabsichtigt. Im § 465 sei nur bestimmt, wann das jus variandi des Verkäufers zum Erlöschen komme. Die Bestimmung des § 145 finde auf das Wandelungsverlangen keine

30) Cosack § 127 II 3b S. 444, Thiele S. 412, Leistner S. 39; vgl. § 8 S. 33.

1) Lobe S. 107 ff., Thiele S. 398.

2) Staub Anm. 48 zu § 377 S. 1360.

Anwendung, denn durch die Einfügung des § 465 sollte gerade die Gebundenheit des Käufers an seinen Antrag ausgeschlossen werden [3]).

Andere, wie Eccius und Lobe wollen hier zwar die Bestimmungen über Verträge angewendet wissen, sind sich aber mit den anderen Gegnern darin einig, daß die Vertragskonstruktion mit diesen Bestimmungen in Widerspruch gerate [4]). — Das Wandelungsbegehren des Käufers sei ein Antrag, die Offerte zu einem Vertrage. Gemäß § 145 sei der Antragsteller an seinen Antrag gebunden, so lange dieser nicht erloschen ist, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat [5]). Im Falle der Wandelung stehe jedoch dem Käufer gemäß § 465 bis zum Vollzuge der Wandelung, d. h. bis zur Annahme des Wandelungsantrages durch den Verkäufer, das jus variandi zu, er könne anstatt Wandelung Minderung des Kaufpreises verlangen. Dies stehe im Widerspruch mit dem § 145 [6]).

Allein der Käufer, welcher Wandelung oder Minderung verlangt hat, ist zunächst nicht nach den Grundsätzen der §§ 145 ff. an seine Offerte gebunden. „Für die Frage, wie lange der Offerent gebunden bleibe, ist in erster Linie der Wille des Offerrenten entscheidend," äußern sich die Protokolle [7]). — Denn die Wandelung und Minderung sind nicht schlechthin allen Grundsätzen des Vertragsschlusses unterworfen. Die Wandelung stellt keinen gewöhnlichen Vertrag dar, der auf dem freien Willen der Parteien beruht, sondern einen gesetzlich notwendigen Vertrag [8]). „Wandelung und Minderung sind in wissenschaftlichem Sinne Verträge, trotzdem der Verkäufer zustimmen muß; denn es

---

3) Haymann S. 543 f., Matthiaß D. J. Z. S. 206, Leistner S. 38.

4) Eccius S. 323, Lobe S. 107 ff.

5) Ebert in Fischer-Henle Note 3 zu § 465 S. 232, auch Planck II Erl. 1 zu § 465 S. 250.

6) Haymann c. l., Lobe S. 109, Matthiaß D. J. Z. S. 206, Leistner S. 38, Thiele S. 406 ff., Beith S. 18.

7) Protokolle II Bd. 1 S. 710.

8) Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 VI S. 75.

gibt auch sonst Verträge, die ein Teil zu schließen verpflichtet ist. Aber wie das Bürgerliche Gesetzbuch auch sonst Einigungen kennt, die es Verträge nennt, und auf welche die Vertragsgrundsätze nur soweit zur Anwendung kommen sollen, als es sachgemäß erscheint, so müssen auch Wandelung und Minderung nicht schlechtweg allen Grundsätzen des Vertragsrechtes unterworfen werden"[9]). — Das Bürgerliche Gesetzbuch hält es für selbstverständlich, daß, da es sich nicht um ein alternatives Schuldverhältnis handelt, jeder der dem Käufer zustehenden Ansprüche in Ermangelung besonderer Vorschriften so lange bestehen bleibt, bis einer derselben befriedigt wird"[10]). Der Käufer, welcher Wandelung oder Minderung verlangt hat, ist nicht nach den Grundsätzen der §§ 145 ff. gebunden; erst der Zugang der Zustimmungserklärung des Verkäufers bindet ihn. Bis dahin kann der Käufer beliebig seinen Antrag zurückziehen oder umändern. Singulärerweise hat hier der Gesetzgeber die Gebundenheit ausgeschlossen, wie es sonst, gemäß § 145, der Antragsteller selbst kann[11]). — Die Gründe, welche das Bürgerliche Gesetzbuch zur Bindung des Antragstellers im freiwilligen Vertrage geführt haben, sind im Falle des Wandelungsvertrages allerdings auch hinfällig[12]). Denn nur im Interesse der Gegenpartei ist der Antragsteller gebunden. Diese, der ein Antrag gemacht ist, soll nicht dadurch geschädigt werden, daß der Antragsteller von seinem Antrag beliebig abgehen kann. Im Falle der Wandelung aber ist keine Schädigung des Verkäufers zu fürchten. Im Gegenteil wird es ihm im allgemeinen vorteilhafter erscheinen, wenn der Käufer von seinem Verlangen auf Wandelung auf das der Minderung zurückgeht[13]). — Die zweite Kommission ging von der Erwägung aus, „daß es nicht zweckmäßig sei, dem Käufer für die Dauer einer angemessenen

9) Kipp in Windscheid II § 395 I 3a S. 706, Kloß S. 288 Anm.

10) Planck II Erl. 1 zu § 465, S. 250.

11) Endemann § 161 3 S. 993 f., Kloß c. l., Dernburg c. l., Kipp in Windscheid c. l., Oertmann Kom. 2 zu § 465 S. 381, Leistner S. 37, Aschheim S. 31, Protokolle II Bd. 1 S. 710. Vgl. § 12 S. 62.

12) Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 VI S. 75.

13) Aschheim S. 31, Leistner S. 38.

Annahmefrist die Möglichkeit des Widerrufs zu entziehen, da jederzeit Umstände eintreten können, welche es für den Käufer vorteilhafter machten, sich auf das Verlangen der Minderung zu beschränken" [14]).

Die Widerruflichkeit der Wandelungsofferte ergibt sich schon mit Sicherheit allein aus § 465 in Verbindung mit § 462 [15]).

Das Recht auf Wandelung stellt sich ja auch im wesentlichen als ein Recht des Käufers dar. Sein Wille ist bei der Frage entscheidend, wie lange er gebunden sein will. Darum kann auch der Käufer, wenn sein Wille dahin gerichtet ist, an seinen Vertragsantrag „noch länger als gesetzlich bestimmt ist, nämlich bis zum Widerruf gebunden sein" [16]). — Dieser Wille aber wird in dem Verlangen der Wandelung regelmäßig gefunden werden müssen [17]).

Damit erledigt sich auch der weitere Einwand der Gegner, daß nämlich die Vertragskonstruktion auch zu einem Widerspruch mit § 146 B.G.B. führe. Dieser lautet: „Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt, oder wenn er nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 bis 149 rechtzeitig angenommen wird." Es müsse also der Wandelungsantrag des Käufers wegen Ablehnung oder mangels rechtzeitiger Annahme gemäß § 146 wieder erlöschen [18]).

Indessen begründet der, wie schon erwähnt, gesetzlich notwendige Vertrag der Wandelung eine Pflicht zur Annahme. Wird sie verweigert, so kann der Käufer auf Annahme klagen. „Dieser Ausschluß der Willkür beim Empfänger des Antrages modifiziert den reinen Vertragscharakter [19]). Durch Ablehnung erlischt der Antrag des Käufers nicht.

---

14) Protokolle II Bd. 1 S. 711.

15) Oertmann D. Recht. 1 S. 4.

16) Planck II Erl. 1 zu § 465 S. 250, Neumann Kom. 4 zu § 465 S. 224, Protokolle II Bd. 1 S. 710.

17) Protokolle II Bd. 1 S. 711.

18) Lobe S. 108 ff., Ebert in Fischer-Henle Note 3 zu § 465 S. 232, Eccius S. 323, Thiele S. 407, und auch Eck § 75 S. 450.

19) Kloß S. 288 Anm., Aschheim S. 32, Leistner Seite 37 Anm. 1.

Sollte der Antrag, wie die Gegner meinen, mangels rechtzeitiger Annahme gemäß § 146 wieder erlöschen, dann wäre damit dem Verkäufer die Annahme dieses Antrages überhaupt unmöglich gemacht. Denn eine verspätete Annahmeerklärung gilt ja nach § 150 B.G.B. als ein neuer Antrag. Demnach wäre die dem Verkäufer obliegende Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden (§ 280 B.G.B.). „Der Verkäufer habe also," fährt Lobe fort, „dem Käufer den Schaden zu ersetzen, der infolge des unterbliebenen Abschlusses des Aufhebungsvertrages, der unterbliebenen Wandelung, für diesen entstanden sei, wobei natürlich zu berücksichtigen sei, daß der Käufer in der Lage war, weiteren Schaden durch ein neues Wandelungsbegehren, durch Stellung eines neuen Antrages, oder durch Annahme des als Antrag geltenden verspäteten Erbietens des Verkäufers abzuwenden (§ 254 Abs. 2 B.G.B.)" [20]).

§ 148 B.G.B., welcher bestimmt, daß, wenn „der Antragende für die Annahme des Antrages eine Frist bestimmt hat, die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen kann," zeigt ersichtlich die nur dispositive Bedeutung des § 147 [21]). — Aber schon aus den oben angeführten Gründen kommt der Wandelungsantrag des Käufers garnicht zum Erlöschen. „Da der Käufer mit dem Wandelungsbegehren ein ihm zustehendes Recht ausübt, ist nicht anzunehmen, daß er diese seine Rechtsausübungshandlung nur bis zur widerspruchslosen Pflichterfüllung des Gegners, als welche sich hier die Annahme der Offerte darstellt, gelten lassen wolle." Aus dem Wandelungsbegehren geht unzweideutig hervor, daß der Käufer seine Gewährleistungsansprüche geltend machen will, und man muß so lange annehmen, daß er dabei verharrt, bis er von dem jus variandi Gebrauch macht und Minderung anstatt Wandelung verlangt [22]).

Auch § 150 B.G.B. begründet nach Ansicht der Gegner einen Widerspruch mit dem im Sinne der Vertragstheorie auf-

---

20) Lobe S. 108 ff.

21) Oertmann D. Recht. 1 S. 4.

22) Oertmann c. l., Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 706, Aschheim S. 32.

gefaßten § 465. — § 150 B.G.B. bestimmt: „Die verspätete Annahme eines Antrags gilt als neuer Antrag. . . .“ Wenn die Einverständniserklärung des Verkäufers verspätet abgegeben sei, erlösche gemäß § 146 der nicht rechtzeitig angenommene Antrag des Käufers. Gemäß § 150 gelte die verspätete Annahme des Verkäufers als ein neuer Antrag. Es handele sich also nun um einen Antrag, den der Verkäufer an den Käufer richte. Nehme dieser den Antrag an, dann käme im Widerspruch mit der Bestimmung des § 465 die Wandelung mit der Annahmeerklärung des Käufers zustande [23]). Wenn man indessen die Möglichkeit eines solchen Vollzuges der Wandelung verneine, dann bringe der Käufer durch Annahme des vom Verkäufer gestellten Antrages sein jus variandi nicht zum Erlöschen [24]).

Letzteres Bedenken ist jedoch unnötig, denn auch in diesem Falle kommt Wandelung zustande. Wenn auch § 465 allerdings davon ausgeht, daß die Offerte von dem Käufer gestellt und von dem Verkäufer angenommen werden soll, so hat aber das Gesetz mit dieser Bestimmung keine zwingende Regel aufstellen wollen. Denn, wie schon bei Behandlung des § 466 dargestellt ist, kann die Wandelung auch dadurch vollzogen werden, daß der Verkäufer den Antrag stellt und der Käufer ihn annimmt [25]). — Kipp will sogar, ohne diese Erklärung in Anspruch zu nehmen, die verspätete Erklärung des Verkäufers garnicht als einen neuen Antrag, der erst einer erneuten Zustimmung des Käufers bedürfe, behandelt wissen. Er findet, daß das Einverständnis des Verkäufers zur Wandelung oder Minderung immer rechtzeitig komme, wenn der Käufer das entsprechende Verlangen noch nicht widerrufen hat [26]).

Des weiteren, führen die Gegner aus, komme nach § 151 B.G.B. „der Vertrag durch die Annahme des Antrags zustande, auch ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber er-

23) Lobe S. 108, Thiele S. 406 f.

24) Mensing S. 24 f.

25) Vgl. § 10 S. 56, Planck II Erl. 4 zu § 466 S. 251, Stratmann S. 10, Huch S. 70.

26) Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 706.

klärt zu werden brauche, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten sei oder der Antragende auf sie verzichtet habe. . . ." Nach § 465 sei aber zur Vollziehung der Wandelung die Erklärung des Einverständnisses erforderlich, auf deren Angabe solle ja nach der Vertragstheorie der Anspruch gerichtet sein. Hiermit ergebe sich dann ein Widerspruch zwischen § 151 und § 465 [27]).

Wie jedoch schon eingehend ausgeführt, ist nicht die Form das Maßgebende, das Wesentliche liegt hier vielmehr in dem Zustandekommen des Vertrages. Die Frage, „ob sich nun in diesen Fällen der auf Erklärung des Einverständnisses mit der Wandelung gerichtete Anspruch in einen solchen auf bloße Annahme des Vertragsanerbietens im Sinne von § 151 verwandele," ist mit Lobe zu bejahen [28]), auch ohne ausdrückliche Einverständniserklärung des Verkäufers wird in diesem Falle die Wandelung vollzogen. Die allerdings unentbehrliche Annahme des Vertrages muß dann durch Annahmebetätigung, konkludente Handlungen usw. erfolgen [29]). — Die Vertragsbestimmungen finden jedoch nur auf die Entstehung des Wandelungsvertrages (Offerte, Annahme) Anwendung. Bezüglich der Rechtswirkungen des Wandelungsvertrages, für seinen Inhalt und die Art der Geltendmachung der durch ihn begründeten Ansprüche sind jedoch gemäß der Verweisung des § 467 B.G.B. die dort angezogenen Bestimmungen über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht anzuwenden. Namentlich spricht die Verweisung der §§ 350 bis 354 dafür, daß auf den Wandelungsvertrag nicht schlechthin die Vertragsbestimmungen Anwendung finden sollen [30]).

§ 20.

Die Frage der Klagenverbindung.

Nach der Vertragstheorie besteht die Wandelung in dem Abschluß eines Vertrages zwischen Käufer und Verkäufer, auf

27) Lobe S. 107, Thiele S. 406, Betth S. 18.
28) Lobe c. l.
29) Huch S. 70 f.
30) Stratmann S. 12, Mensing S. 25.

Grund dessen die gegenseitige Rückleistung stattzufinden hat. — Verweigert der Verkäufer seine Einverständniserklärung auf die Offerte des Käufers zum Abschluß des Wandelungsvertrages, so kann der Käufer auf Abgabe dieser Willenserklärung klagen. Gemäß § 894 C.P.O. „gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat.“ — Also, so folgern die Gegner der Vertragstheorie, entstehe erst im Moment der Rechtskraft des auf Abgabe dieser Willenserklärung verurteilenden Erkenntnisses der Anspruch des Käufers auf Rückgewähr. Erst nach rechtskräftiger Verurteilung auf Abschließung des Wandelungsvertrages könne der Käufer auf Rückleistung klagen, „die klageweise Geltendmachung von Rechten aus einem Vertragsschluß, bevor der Vertrag geschlossen worden, widerspräche sich selbst“ [1]. — Gegen die Vertragstheorie haben die Gegner diese Folgerung als das schwerste Argument angeführt. Sie erhoben den begründeten Einwand, daß eine solche Konsequenz die Erfüllung der klägerischen Ansprüche ungebührlich hinausziehe und für die Praxis unerträglich sei [2]. — Diese berechtigten Bedenken würden jedoch hinfällig, wenn der Nachweis gelänge, daß eine Verbindung beider Klagen juristisch möglich sei. Beabsichtigt ist eine solche zweifellos, denn die Protokolle sagen: „Von selbst versteht es sich, daß er (der Käufer) diese Ansprüche (auf Restitution) zugleich mit dem zu Grunde liegenden Anspruche auf Aufhebung oder Änderung des Kaufes geltend machen kann“ [3]. — Die Möglichkeit einer solchen Klagenverbindung wird aber von den meisten Gegnern der Vertragstheorie auf das Entschiedenste bestritten [4].

So erklärt Eccius eine solche Klagenverbindung für unmöglich, da es keine Klage auf Leistungen gäbe, die unter der Bedingung angestellt werde, daß der Verklagte einen Vertrag schließen werde, und ebenso wenig könne unter der Bedingung,

1) Eccius S. 319.

2) Staub Anm. 45 zu § 377 S. 1359, Matthiaß bürg. Recht. S. 500, Lobe S. 112.

3) Protokolle II Bd. 1 S. 680.

4) Lobe S. 112, Eccius S. 318 f., 328, Matthiaß D. J. Z. S. 206, Haymann S. 511 ff., Mensing S. 18.

daß der Verklagte zu einem Vertragsschluß in demselben Rechtsstreite werde verurteilt werden, schon jetzt auf eine erst nach dem Vertragsschlusse zu beanspruchende Leistung geklagt werden. Ein Anspruch, dessen Nativität erst hinter der Rechtskraft eines vom Prozeß erbetenen Urteils liege, sei notwendig, so lange der Prozeß dauert, eine actio nondum nata [5]). Auf demselben Standpunkte steht Lobe. „Ein Anspruch auf Restitution sei im Moment der Klageerhebung auf Wandelung nach § 465 weder begründet noch fällig, die actio redhibitoria sei nondum nata, und es sei nicht abzusehen, wie eine noch garnicht entstandene Forderung gleichwohl schon klageweise geltend gemacht werde mit dem Anspruch auf Erfüllung“ [6]).

Gegenüber dieser Ansicht behauptet Flechtheim, „daß nicht die Klage bedingt angestellt sei, sondern der Anspruch sei ein bedingter. Der Eintritt der Wandelung sei die condicio juris für den Anspruch auf Rückleistung. Aber die Nativität des zweiten Anspruches liege nicht hinter, sondern in der Rechtskraft desselben. In dem Momente des rechtskräftigen Urteils, das allein maßgebende autoritative Bedeutung habe, sei der Richter judicierend gedacht. Somit erfolge die zweite Verurteilung, um mit der ersten rechtskräftig zu werden“ [7]).

Dem tritt Haymann entgegen: „Der Anspruch auf Rückleistung stehe hier nicht unter einer condicio juris. Eine solche sei eine Bedingung, welche eine Rechtswirkung von dem Eintritte eines Ereignisses abhängig mache, aber nicht der Wille der Parteien habe hier kraft Rechtsgeschäfts die Rückzahlungspflicht vom Abschlusse des Wandelungsvertrages abhängig gemacht, sondern dieser sei allein kraft Gesetzes nach der Vertragstheorie das Fundament für die Rückzahlungspflicht. Nicht der Zeitpunkt der Rechtskraft des zu erlassenden Urteils sei bei Entscheidung der Frage nach der Begründetheit des Urteils zu Grunde zu legen, denn dann könnte der Richter die Frage in vielen Fällen überhaupt nicht entscheiden. Darüber sei man nie verschiedener Meinung gewesen,

5) Eccius S. 320.
6) Lobe S. 112.
7) Flechtheim in Gruchot S. 74, ebenso R. Fischer S. 36.

daß ein Klageanspruch nicht zuerkannt werden könne, dessen Nativität erst nach der Verkündung des Urteils liege“ [8]).

Auch Matthiaß macht Flechtheim den Vorwurf, daß er nicht auf die Berechtigung der gleichzeitigen Erhebung beider Klagen eingehe, sondern nur argumentiere, daß begrifflich kein Grund dagegen spräche, daß das Urteil auf den Leistungsanspruch im gleichen Augenblick wie das Urteil auf den Vertragsantrag rechtskräftig werde. Für die Berechtigung der gleichzeitigen Erhebung beider Klagen sei damit nichts erwiesen [9]).

Gegenüber der Auffassung von Eccius versucht Kaulbach eine andere Beweisführung. Er macht einen Unterschied zwischen den beiden Fällen, in denen Eccius die Möglichkeit einer derart bedingten Klage ablehnt. Beide Fälle sind verschieden. „Da stellt Eccius den gedachten Fall, worin A. aus einem Vertrage, den er mit dem ihm vorläufig unverpflichtet gegenüberstehenden B. erst zu schließen wünscht, schon vor Abschluß klageweise einen Anspruch erhebt, völlig gleich dem zweiten, in dem B. verpflichtet ist, mit A. einen Vertrag bestimmten gesetzlichen Inhalts zu schließen. Beide Fälle sind aber durchaus verschieden, und der zweite liegt beim Wandelungsvertrage vor“ [10]). — Der Wandelungsvertrag ist, wie schon erwähnt [11]), kein gewöhnlicher Vertrag, wenngleich auf ihn die Vertragsbestimmungen Anwendung finden. Diese Anwendung wird jedoch eingeschränkt durch seinen Charakter als ein gesetzlich notwendiger Vertrag. Deshalb stellt der Antrag zu seinem Abschluß ein gesetzlich gerechtfertigtes Verlangen dar, dem der andere Teil nachkommen muß [12]). Auch ist der Inhalt des Wandelungsvertrages nicht unmittelbar von den Parteien formuliert, sondern von dem Gesetz gegeben. „In dem ersten Falle des gewöhnlichen

8) Haymann S. 520, Lobe S. 112.

9) Matthiaß D.J.Z. S. 207.

10) Kaulbach S. 35.

11) Vgl. § 12 S. 62, § 19 S. 90 f.

12) Protokolle II Bd. 1 S. 710, Planck II Erl. 3 zu § 462 S. 248, Kipp in Windscheid II § 395 I 3a S. 706, Kloß S. 288 Anm., Aschheim S. 31. Daß dies die Absicht der zweiten Kommission gewesen, ist auch anerkannt von Lobe S. 106.

Vertrages," fährt Kaulbach fort, „hat der Betreffende gar keinen Grund vor Abschluß des Vertrages den Anspruch aus diesem Vertrage zu erheben. In dem zweiten Falle des Wandelungsvertrages ist zwar auch vor Abschluß der Grund des Leistungsanspruchs noch nicht vorhanden, aber wenigstens der Grund des Grundes, das Recht auf den Vertragsschluß" [13]).

Eine Möglichkeit beide Klagen zu verbinden gibt die Erweiterung, welche die Civilprozeßordnung in den Vorschriften der §§ 254 bis 259 erhalten hat. Diese Vorschriften bezwecken der Vervielfältigung der Prozesse eine Grenze zu setzen und dadurch zugleich eine beschleunigte Rechtspflege herbeizuführen. Im § 254 C.P.O. ist es gestattet, eine Klage auf Rechnungslegung mit der Klage auf Herausgabe dessen, was nach dem Resultat der Rechnungslegung herauszugeben ist, zu verbinden. Auch in dem hier vorliegenden Falle sind zwei Klagen zu verbinden; die eine ist eine Klage auf Abgabe einer Willenserklärung, die andere eine Leistungsklage. Es spricht nichts dagegen, die Verbindung auch derartiger Ansprüche für allgemein zulässig zu erachten. Auf diesem Standpunkte stehen auch Kohler und Kipp [14]). Letzterer nimmt die Zulässigkeit einer derartigen Klagenverbindung in dem Falle an, daß „die Willenserklärung auch wirklich zur Begründung des Anspruchs auf die Leistung gehöre" [15]). Da der Anspruch auf Rückleistung durch die Vollziehung des Wandelungsvertrages bedingt ist, trifft diese Voraussetzung in dem vorliegenden Falle zu. — Die Geltendmachung mehrerer Ansprüche in einer Klage ist nach § 260 C.P.O. zulässig. Hier handelt es sich aber um einen künftigen Anspruch. § 259 C.P.O. gestattet die Klage auf künftige Leistung, „wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde" [16]). — Diese Besorg-

---

13) Kaulbach S. 36.

14) Kohler S. 288, Kipp S. 61 f., auch Thiele S. 410.

15) Kipp c. l.

16) Unter „Klagen auf künftige Leistungen" sind auch wohl „Klagen auf bedingte Leistungen" zu verstehen. So auch Thiele Seite 411, Kuhlenbeck S. 260 Anm. 1.

nis hat der Beklagte schon dadurch gerechtfertigt, daß er Anlaß zu der darauf gerichteten Klage gegeben hat. Es ist anzunehmen, daß er nun auch die aus der zu vollziehenden Wandelung resultierenden Verpflichtungen nicht freiwillig erfüllen werde [17]. die Vollziehung der Wandelung allein ist ja nur Mittel zum Zweck, indem der Beklagte jene verweigert, will er dem Kläger die Erreichung dieses Zweckes erschweren oder vereiteln" [18]).

Nach Haymanns Ansicht ist hier dem § 259 C.P.O. eine Ausdehnung gegeben, die ihm nicht zukomme. Auf Grund des § 259 C.P.O. könne keinesfalls ein Anspruch eingeklagt werden, der noch nicht einmal bedingte Existenz gewonnen habe [19]).

Indeß ist auch hier zu berücksichtigen, daß der Wandelungsvertrag ein gesetzlich notwendiger Vertrag ist und der Anspruch auf seinen Abschluß ein gesetzlich gerechtfertigtes Verlangen darstellt [20]). — Übrigens verlangt § 259 C.P.O. keinen besonderen Grund zur Besorgnis, sondern, ganz allgemein, daß „den Umständen nach" die Besorgnis gerechtfertigt sei. Bei der Begründung des § 259 (231 c) C.P.O.[21]) wurde ausdrücklich hervorgehoben, daß „diese Voraussetzung namentlich dann gegeben sein werde, wenn der Schuldner die Verbindlichkeit, schon bevor sie fällig ist, ausdrücklich bestreitet." In diesem Falle dürfte, da die Rückgewähr eine unmittelbare Folgerung aus dem Vertragsvollzuge ist, die Verweigerung der Mitwirkung zu dem Vertrage wohl als ein Umstand anzusehen sein, der die Besorgnis rechtfertigt, daß der Beklagte nach seiner Verurteilung zum Vertrags-

---

17) Kloß S. 290, Thiele c. l, Kuhlenbeck c. l.

18) Kloß S. 290, Kuhlenbeck S. 260 Anm. 1; Lobe S. 112 und Anm. 18a will dagegen aus dem Umstande, daß der Verkäufer die Zulässigkeit der Wandelung bestreitet, nicht notwendig folgern, daß er nach seiner Verurteilung sich auch der hieraus erst entspringenden Leistungspflicht entziehen werde, obgleich er selbst die ausgedehnteste Anwendung von § 259 CPO. empfiehlt.

19) Haymann S. 516 ff.

20) Vgl. § 12 S. 62, § 19 S. 90 f., § 20 S. 98 f.

21) Begründung der Entwürfe ein. Ges. betr. Änderungen d. CPO. Seite 42.

schlusse den sich für ihn nun ergebenden Verbindlichkeiten entziehen werde und „so hat der Kläger gute Veranlassung, sofort Fürsorge zu treffen, daß ihm auch die Folgen des Vertrages exekutorisch sichergestellt werden“ [22]).

„Auch fehlt es im Sinne der Vertragstheorie keineswegs an einem Rechtsgrunde für die Rückgabepflicht des Verkäufers. Denn da einerseits die Rückgabepflicht eine selbstverständliche Folge des Wandelung ist, und andererseits der Käufer auf diese einen gegenwärtigen Anspruch hat, so ist, einen auf die Wandelung gerichteten Willen des Käufers vorausgesetzt, die Entstehung der Rückgabepflicht bereits entschieden.

Seinen entsprechenden Willen hätte der Käufer aber nicht energischer an den Tag legen können, als durch die Klageanstrengung“ [23]). Daher trifft die Bemerkung Haymanns, daß die Rückgabepflicht des Verkäufers „zur Zeit des Feststellungsprozesses überhaupt noch jedes Rechtsgrundes entbehre, also auch noch nicht bedingt bestehe,“ nicht zu [24]). Denn auch vor Vollziehung der Wandelung hing die Entstehung der Rückgabepflicht in keiner Weise mehr von dem freien Willen des Verkäufers ab, er war vielmehr verpflichtet sie durch ungesäumtes Eingehen auf das Wandelungsbegehren des Käufers herbeizuführen. Entzog er sich dieser Pflicht, so kann er daraus unmöglich Vorteile für sich herleiten, ebenso wenig wie Jemand der den Eintritt einer ihm zum Nachteil gereichenden Bedingung wider Treu und Glauben verhindert (§ 162 B.G.B.) [25]).

Auch Schollmeyer will beim Vorhandensein eines bedingten und eines unbedingten Anspruchs dann beide Ansprüche mittels derselben Klage verfolgen, wenn die rechtskräftige Verurteilung aus dem unbedingten Anspruch die einzige Voraussetzung

---

22) Kohler S. 289, Kuhlenbeck S. 260 Anm. 1, Kloß S. 290, Kaulbach S. 34.

23) Oertmann D. Recht. 1 S. 5.

24) Haymann S. 526.

25) Oertmann D. Recht. 1 S. 5.

für die Fälligkeit des bedingten Anspruchs ist [26]. Diese Möglichkeit erkennt auch Dernburg an [27].

Die Praxis hat übrigens stets die Verbindung einer Klage auf Abgabe einer Willenserklärung mit einer anderen, auf Realisierung der Folgen dieser Erklärung gerichteten Klage zugelassen. In dem formalistischen Rechte der Römer war es schon gestattet ähnliche Klagen zu verbinden. Wenn der Universalfideikommissar den Anspruch auf Restitution und Herausgabe der Erbschaft gegen den Fiduciar geltend machen wollte, so war, wie überhaupt zur Begründung eines Vermächtnisanspruches, hierzu erforderlich, daß der Fiduciar die Erbschaft antrat. Um den Fiduciar hierzu zu zwingen, wurde eine Klage auf Abgabe einer Willenserklärung gegen ihn erhoben, welche mit der sich erst aus ihr folgernden Klage auf Restitution anstandslos verbunden wurde [28]. — Im gemeinen Recht gestattete man die Verbindung des Vertrags- und des Leistungsanspruches aus dem pactum de contrahendo bestimmten Inhalts [29]. — Aber auch schon in der neuesten Praxis findet sich eine Verbindung sogar der hier behandelten Ansprüche. So die Entscheidung des Oberlandesgerichts zu Marienwerder vom 5. November 1901 [30]. Hier war sogar ein ausdrücklicher Antrag, daß der Beklagte verurteilt werde in die Wandelung zu willigen, von dem Kläger nicht gestellt. „Indes," so sagt das Urteil, „war der Antrag als stillschweigend gestellt zu erachten, weil der Kläger diejenigen Folgerungen auszusprechen beantragte, die nur aus der erfolgten Wandelung sich ergeben können." Auf demselben Standpunkte steht eine Entscheidung des Reichsgerichts [31].

---

26) Schollmeyer S. 93 ff.

27) Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 VI Anm. 18 S. 75.

28) So Kipp S. 61, Stahl S. 25, Kipp citirt: D. 29, 4, 17 (Gai.), Gai. II, 258 (S.—C. Pegas.), D. 36, 2, 7 pr. (Ulp.): Heredis aditio moram legati . . . petitioni facit.

29) Matthiaß D.J.Z. S. 206.

30) Jur. Monatsschrift f. Posen, West- u. Ostpr. S. 18 und Rechtsprechung d. Oberlandesger. S. 35.

31) Entsch. d. Reichsger. Bd. 58 S. 423 f.

Es ist demnach zweifellos als zulässig zu erachten, daß in einem Rechtsstreite über das Verlangen des Käufers in die Wandelung zu willigen und über die Verwirklichung dieses Verlangens entschieden wird [32]).

§ 21.

Die Frage der vorläufigen Vollstreckbarkeit.

Von großer Bedeutung ist auch die vielumstrittene Frage, ob eine vorläufige Vollstreckbarkeit des so ergangenen Urteils möglich sei.

Wegen der gegenseitigen Abhängigkeit der beiden in einer Klage geltend gemachten Ansprüche ist es notwendig, daß das Urteil auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist, da, wie oben dargetan, hierdurch die gleichzeitige Verurteilung zur Rückleistung mitbegründet wird. Nach § 894 C.P.O. „gilt eine Willenserklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat." Bei mangelnder Rechtskraft kommt, nach dem Wortlaute des Gesetzestextes, die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urteils auf Abgabe einer Willenserklärung nur insofern in Betracht, als es sich um die Kosten, und um die Bewirkung einer Eintragung in das Grundbuch, Schiffsregister, öffentliches Buch oder Register handelt. §§ 104, 895, 896 C.P.O. Es ist daher nicht nur von den Gegnern der Vertragstheorie, sondern auch von einigen ihrer Vertreter die Möglichkeit einer vorläufigen Vollstreckbarkeit dieses Urteils im Sinne der Vertragstheorie verneint worden [1]).

32) Kipp in Windscheid II § 395 I 3a S. 704, Endemann § 161 3 u. Anm. 37 S. 995, Planck II Erl. 2 h zu § 467 S. 253, Kloß S. 290, Oertmann Kom. 3 a zu § 462 S. 372, Kom. 1 c. γ zu § 465 S. 380, Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 VI Anm. 18 S. 75, Hellwig Anspruch S. 382 ff., R. Fischer S. 37, Schollmeyer S. 93 ff., Kaulbach S. 38, Stahl S. 26, Aschheim S. 42, Stratmann S. 31, von Seite der Gegner Neumann Kom. II 1a zu § 462 S. 221, vgl. Matthiaß D.J.Z. S. 206. Dafür auch Entsch. d. Reichsger. Bd. 58 S. 425.

1) Matthiaß D.J.Z. S. 207, Staub Anm. 45 zu § 377 S. 1359, Lobe S. 111, Haymann S. 522, Neumann Kom. II 1a

Die Gegner machen der Vertragstheorie dies Resultat zum Vorwurf. Lobe meint, sie errichte unnötigerweise Hindernisse, ein solches sei „die Notwendigkeit, vorerst eine Verurteilung nach § 465 zu erwerben, jedenfalls weil nach C.P.O. § 779 (894) diese Erklärung als abgegeben gelte, nachdem das Urteil rechtskräftig geworden sei. Insofern liege also unter allen Umständen eine Verzögerung in der Befriedigung des Anspruches auf Wiederherstellung des früheren Zustandes vor; denn damit sei eine vorläufige Vollstreckbarkeit der Verurteilung auf den Anspruch aus B.G.B. § 467 bis zur Rechtskraft der Verurteilung nach B.G.B. § 465 verhindert" [2]).

Diesen Standpunkt teilen auch Vertreter der Vertragstheorie, so findet Kohler: „Allerdings hängt die Vollstreckbarkeit der letzteren Verpflichtung davon ab, daß der Vertrag zuvor abgeschlossen wird oder durch rechtskräftiges Urteil oder Beschluß als abgeschlossen erklärt wird" [3]). — Auch Planck gibt dem Urteil, durch welches der Verkäufer verurteilt wird in die Wandelung zu willigen und den Kaufpreis gegen Rückgewähr der Sache zurückzuzahlen erst mit der Rechtskraft die Vollstreckbarkeit [4]) — Flechtheim, der ebenfalls hier eine vorläufige Vollstreckbarkeit für ausgeschlossen hält, weil der Anspruch auf Abgabe der Vertragserklärung „eine vorläufige umstoßbare Situation nicht vertrage," will einen Ersatz hierfür in der Gewährung des Arrestes und der einstweiligen Verfügung geben [5]).

Allein dadurch würde die Lage des Käufers auch nicht in zufriedenstellender Weise gebessert.

Eccius betrachtet es daher als einen Vorzug seiner Theorie, daß, wenn die Verurteilung des Verkäufers zu einer Leistung im Rechtsstreit ausgesprochen wird, kein Grund bestehe,

---

zu § 462 S. 221, Thiele S. 410, Planck II Erl. 2 h zu § 467 S. 253, Flechtheim in Gruchot S. 76.

2) Lobe c. l., Matthiaß D. J. Z. c. l.

3) Kohler S. 289.

4) Planck c. l., Kuhlenbeck II 1 S. 260 f., Oertmann Kom. 3 a zu § 462 S. 372, Stratmann S. 34.

5) Flechtheim in GruchotS. 76.

die etwa nach civilprozessualischer Regel zulässige oder gebotene vorläufige Vollstreckbarkeit auszuschließen. Von dem von ihm vertretenen Standpunkt aus angesehen, sei ja der Anspruch nicht abhängig von erfolgter oder rechtskräftig ergänzter Zustimmungserklärung des Verkäufers zu dem Vertrage [6]). — Zu einem absprechenden Urteile über die Vertragskonstruktion gelangt auch Haymann, „... gerade dieses zwingende Gebot der vorläufigen Vollstreckbarkeit zeige, daß im System unserer Civilprozeßordnung die Verkündung von Urteilen unmöglich sei, die schlechthin eine Verurteilung auszusprechen, obwohl die Richtigkeit der Entscheidung abhänge von einem zukünftigen Ereignisse, der Rechtskraft einer gleichzeitig verkündeten Entscheidung" [7]). Wenn übrigens nur eine Verurteilung zur Rückzahlung unter der Bedingung der Rechtskraft der Entscheidung über den Abschluß des Wandelungsvertrages gefordert werde, liege kein Grund vor, die vorläufige Vollstreckbarkeit eines solchen Urteils, dessen Vollstreckung sich nach § 726 C.P.O. richten würde, auszuschließen [8]).

Gegen diesen Ausweg wendet sich jedoch Eccius: „Eine bedingte Klageerhebung gibt es nicht, ebenso wenig Urteile, die in ihrer Vollstreckbarkeit von der Rechtskraft eines anderen Urteils oder Urteilsteils abhängig zu machen wären" [9]).

Oertmann [10]) kommt zu dem Resultat, daß in Wahrheit die vorläufige Vollstreckbarkeit garnicht einmal ausgeschlossen sei. „Allerdings müsse die nach den Vorschriften der §§ 708 ff. C.P.O. eintretende vorläufige Vollstreckbarkeit natürlich dann zurücktreten, wenn das Urteil seinem Inhalt nach sie nicht vertrage. Allein die vorläufige Vollstreckbarkeit sei nicht einmal ausgeschlossen, sie bewirke nur nicht, daß die Rückleistung sofort nach Erlaß des Urteils erzwungen werden könne. Nach § 894 C.P.O. ersetze erst das rechtskräftige Urteil die fehlende Zustimmung des Beklagten, erst mit dem Moment des Rechtskraftein-

6) Eccius S. 322.

7) Haymann S. 522, ebenso Matthiaß D.J.Z. S. 207.

8) Haymann c. l.

9) Eccius S. 328 Anm. 37.

10) Oertmann D. Recht. 1 S. 5.

trittes, und nicht früher, könne die Erklärung als abgegeben gelten. Damit sei für die im Urteil auferlegte Rückgewähr ein für allemal ein dies a quo certus an, incertus quando aufgestellt, sie könne erst in dem Moment erzwingbar eintreten, in dem das Urteil rechtskräftig geworden und damit die Wandelung vollzogen sei. Diese Schranke müsse natürlich auch die vorläufige Vollstreckbarkeit respektieren, sie müsse das ebenso, wie sie an eine sonstige im Urteil enthaltene zeitliche oder inhaltliche Beschränkung gebunden sein würde. Ein zur Räumung am ersten April verurteilendes Erkenntnis könne unmöglich auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit schon früher, etwa am ersten März zur Exmission benutzt werden. Der Möglichkeit einer vorläufigen Vollstreckbarkeit überhaupt, und ihrer Bedeutung in anderer Richtung, z. B. wegen der Kosten, tue das natürlich keinen Abbruch."

Die Wirkungen eines derart für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils würden allerdings erst mit der Rechtskraft des Urteils an sich eintreten.

Wenngleich dies für die Praxis eine geringe Beschleunigung des Verfahrens darstellen würde, so ist dem Käufer damit noch nicht hinreichend gedient. Für den Käufer ist es wesentlich, daß er die Realisierung seines Anspruches schon mit einem vorläufig vollstreckbaren Urteil durchsetzen kann.

Weitergehend nimmt Kipp dann die Möglichkeit einer vorläufigen Vollstreckbarkeit derartiger Urteile auch schon bei mangelnder Rechtskraft an. Kipp führte zu einer Zeit den Beweis dafür, daß die Willenserklärung schon mit der Verkündung des Urteils für abgegeben gelten könne, und damit die vorläufige Vollstreckbarkeit zulässig sei, als man die Wichtigkeit dieser Beweisführung für die Konstruktion der Wandelung in dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch nicht voraussehen konnte. — Wie erwähnt, geschah die Ablehnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit deshalb, weil gemäß § 894 C.P.O. eine Willenserklärung erst mit der Rechtskraft des Urteils für abgegeben gilt. „Die Auffassung," führt Kipp aus[11]), „welcher § 658 (895) C.P.O.[12]) seine

11) Kipp S. 118.

12) § 658 a. F. CPO.: „Ist auf Bewirkung einer Eintragung im

Entstehung verdankt, kann es nur bestätigen, daß man bei der Fassung des § 779 (894) C.P.O. dem Falle der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils nicht die erforderliche Aufmerksamkeit geschenkt, nicht aber aus wohlerwogenen Gründen die Fiktion der Willenserklärung auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils abgelehnt hat. Betrachtet man das Urteil, welches den Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, also die Rechtswirkungen setzt, welche sonst die Erklärung hervorrufen würde, im Zusammenhang der übrigen Urteile, in welchen der Richter Rechtsfolgen schafft, (§§ 649 Nr. 2 (709) C.P.O.), so ist wiederum nicht zu begreifen, warum jenes nicht so gut wie diese die fraglichen Rechtsfolgen schon auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit hervorrufen sollte" [13]). Es kann also nichts gegen sich haben, daß die Rechtsfolgen, welche das Urteil in Gestalt der Fiktion einer Willenserklärung setzt, ebenfalls schon durch die vorläufige Vollstreckbarkeit ins Leben gerufen werden. — „Es ist auch erweislich die C.P.O. nicht fremd, die Fiktion der Willenserklärung auf nur vorläufige Entscheidungen zu gründen." Auf einem vorläufig vollstreckbaren Urteil beruht die Fiktion z. B. in dem Falle, daß der Kläger aus § 667 (731) C.P.O. auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage erhebt. Dann tritt mit dem vorläufig vollstreckbaren Urteil, welches die Erteilung der Klausel anordnet, zugleich mit Erteilung der Klausel die Fiktion der Willenserklärung ein. „Damit ist bewiesen, daß die Fiktion der Willenserklärung in mehrfacher Art auf vorläufiger Entscheidung, insbesondere auch auf vorläufig vollstreckbarem Urteil darüber beruhen kann, ob die erforderliche Gegenleistung beschafft ist" [14]). Wenn nun der Kläger von vorneherin mit der Behauptung die Gegenleistung beschafft zu haben, auf unbeschränkte Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung klagt, und nur

Grund- oder Hypothekenbuche erkannt, so darf das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil nur in der Weise vollzogen werden, daß die Eintragung in der zur Sicherstellung eines Anspruches auf Eintragung vorgeschriebenen Form (Vormerkung usw. . . .) erfolgt". Vgl. § 895 n. F. CPO.

13) Kipp S. 119. 14) Kipp S. 121.

über die Frage der Gegenleistung gestritten wird, dann kann das vorläufig vollstreckbare Urteil, welches die Gegenleistung als beschafft annimmt, und daraufhin zur Abgabe der Willenserklärung verurteilt, die Fiktion der Willenserklärung ebenso herbeiführen. — Da die Beschaffung der Gegenleistung keine weniger wichtige Voraussetzung des klägerischen Begehrens als eine andere ist, muß das Gleiche der Fall sein, wenn der Beklagte seine Verpflichtung zur Abgabe der Willenserklärung aus anderen Gründen bestritten hat. — Da nun in der C.P.O. jegliche Zwangsvollstreckung zur Erzwingung einer Willenserklärung auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils ausgeschlossen ist, die C.P.O. nicht einmal die Interessenklage aus solch einem Urteil vorsieht, ist dies nur unter einer von zwei Voraussetzungen erklärlich. Entweder die C.P.O. kennt ein vorläufig vollstreckbares Urteil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, überhaupt nicht, oder sie betrachtet die Vollstreckung auch dieses Urteils als durch § 779 (894) C.P.O. erledigt." Die erste Voraussetzung ist sicher unzutreffend, denn es ist unzweifelhaft, daß Urteile, welche zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilen, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können und unter den regelmäßigen Bedingungen dafür zu erklären sind. Sie sind nirgends ausgenommen, und bei ihrer wesentlichen Bedeutung können sie nicht lediglich vergessen sein. § 658 (895) C.P.O. bringt den positiven Beweis dafür, daß auch solche Urteile als vorläufig vollstreckbare vorkommen. „Es muß also die zweite Voraussetzung zutreffen, wonach bei vorläufig vollstreckbarer Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung durch den § 779 (894) C.P.O. die Zwangsvollstreckungsfrage so unvollkommen erledigt ist, daß weder anderweite Zwangsvollstreckung noch Interessеklage in Frage kommen können. Das bedeutet: Die Fiktion der Willenserklärung tritt auch auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils ein. Dies ist durch § 658 (895) C.P.O. vollkommen bestätigt, der nicht ausnahmsweise eine gewisse vorläufige Vollstreckbarkeit schaffen, sondern umgekehrt, deren sonstige Wirkungen in seinem Kreise beschränken will" [15]). Es ist somit möglich, den

15) Kipp S. 64 u. 115 ff.

Verkäufer in einem Urteile vorläufig vollstreckbar zur Abgabe der Zustimmungserklärung und zur Rückgewähr zu verurteilen [16]).

Diesem Ergebnisse widerspricht O. Fischer in seiner Abhandlung über „Vollstreckbarkeit". Es handelt sich in diesem Werke um die prinzipielle Feststellung, ob in der C.P.O. der nächste Wortsinn von „Vollstreckbarkeit" so viel sei wie „Geeignetheit zur Grundlage einer Zwangsvollstreckung," oder ob er in weiterem Sinne „die ganze, der Rechtsverwirklichung und Rechtsbefriedigung, im Gegensatz zur Rechtsfeststellung, dienende Rechtspflegetätigkeit des Staates" umfasse. O. Fischer behauptet, daß in der C.P.O. in der Tat an und für sich der Vollstreckbarkeit nur die Bedeutung der Geeignetheit als Grundlage einer Zwangsvollstreckung im Sinne der C.P.O. zu Grunde liege. Das Ergebnis der anderen Auffassung müsse zu der Identität der Begriffe „Rechtskraft" und „Vollstreckbarkeit" führen [17]).

O. Fischer führt dann den Beweis für seine Behauptung, indem er zunächst eingehend auf die Entwickelungsgeschichte des Begriffes „vollstreckbar", Vollstreckbarkeit" in dem früheren Rechte und in den der C.P.O. vorangehenden Entwürfen eingeht und zeigt, auf welche Weise und wann die in der C.P.O. anerkannt vorhandenen „Unstimmigkeiten" gegenüber dem engeren und eigentlichen Sinn von Vollstreckbarkeit nicht auf einmal, sondern allmählich, zu verschiedenen Zeiten entstanden sind.

O. Fischer kommt hier zu dem Ergebnis, daß noch in der „bürgerlichen Prozeßordnung für Hannover" vom 8. November 1850 die Ausdrücke „Vollstreckbarkeit" und „zur Zwangsvollstreckung geeignet" durchweg gleichbedeutend gebraucht werden [18]). Ebenso wird auch in dem „hannoverschen Entwurf" von 1866 [19])

16) Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 704.

17) O. Fischer S. 41. 18) O. Fischer S. 48 f.

19) Der Kommission zur Ausarbeitung des norddeutschen Entwurfs standen als Vorarbeiten: 1. der hannoversche Entwurf von 1866, 2. der preußische Entwurf von 1864 zu Gebote.

„vollstreckbar“ und „Vollstreckbarkeit“ nur in dem eigentlichen engeren Sinne gebraucht. Die erste, in § 72 des Entwurfs (zweiter Lesung) sich vorfindende Unstimmigkeit nötige nicht den Begriff der Vollstreckbarkeit zu erweitern [20]). — Auch der preußische Entwurf von 1864 ist in der Struktur seines Zwangsvollstreckungsrechtes dem hannoverschen Entwurf durchaus ähnlich. Jedoch wächst die Zahl der Unstimmigkeiten. Das Gebiet der Vollstreckbarkeit wird durch die Hereinziehung der Kostenentscheidungen und der Vollstreckbarkeit hindernden Entscheidungen erweitert, verengt durch den, nicht ausnahmslosen, Ausschluß der Vollstreckbarkeit bei Verpflichtungen, die nicht auf Geldzahlungen gehen [21]).

Der „norddeutsche Entwurf“ hat die Grundlagen der Zwangsvollstreckung, wie sie im hannoverschen und preußischen Entwurf festgestellt waren, durchaus beibehalten. Es war in ihm bestimmt zum Ausdruck gebracht, daß die Vollstreckungsklausel sich auf das eigentliche Gebiet der Zwangsvollstreckung zu beschränken habe. „Die wichtigste Neuerung ist die Wiederzulassung der Zwangsvollstreckung bei Verurteilungen zu Handlungen und im Zusammenhang damit einerseits die Sonderbestimmung über die Abgabe von Willenserklärungen, andererseits die Spezialregelung der Zwangsvollstreckung in Ehesachen.“

Die Willenserklärungen behandelt § 1059, der Vorläufer des jetzigen § 894 C.P.O. Diese Bestimmung ist eine Neuschöpfung [22]).

„Bei der Beratung im Plenum der Komission hatte man die §§ 1032—1041 des preußischen Entwurfs von 1864 zu Grunde gelegt, dem einerseits eine solche Bestimmung fremd war, der aber andererseits grundsätzlich keine Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen zulassen, sondern dem Gläubiger nur das Geldinteresse gewähren wollte. — In der Sitzung vom 8. März

---

20) Im § 72 sei der Ausdruck „vollstreckbarer Schuldtitel“ infolge Versehens der Redaktion unrichtig gebraucht und umfasse hier auch sogar „abweisende Entscheidungen“ mit. O. Fischer S. 51.

21) O. Fischer S. 52—55.

22) O. Fischer S. 55—57.

1870 hielt der Referent an dem Standpunkte des preußischen Entwurfs auch hinsichltich der nur dem Schuldner möglichen Handlungen fest und bemerkte dabei, für manche Handlungen dieser Art sei ein direkter Zwang unmöglich, bei anderen, z. B. bei Willenserklärungen, sei er entbehrlich, weil hier die Handlung durch die Rechtskraft des zu derselben verurteilenden Erkenntnisses ersetzt werde. Letzteres wurde allgemein anerkannt. Im übrigen erklärte sich jedoch die Majorität für die Zulassung eines unmittelbaren Zwanges durch Geldbuße und Haft bei Verurteilungen zu einem reinen, nur durch den Schuldner zu bewirkenden facere [23]). — Der Redaktionsentwurf brachte eine entsprechende Fassung.

> § 1016: „Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, der Gläubiger befugt, bei dem Prozeßgericht erster Instanz zu beantragen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldbußen oder durch Haft angehalten werde."

In § 1019 wird die Pflicht des Gläubigers im Klagewege sein Interesse zu fordern, gewahrt, und in § 1020 bestimmt:

> „Wenn der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, so gilt die Erklärung für abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat."

Wenn nun Kipp in Bezug auf die Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen behaupte, daß es sich „infolge des Ersatzes der Willenserklärung durch das Urteil selbst bei derartigen Klagen und Urteilen nicht mehr um Leistungsklagen und Leistungsurteile, sondern um Bewirkungsklagen und Bewirkungsurteile handele" [24]), und ferner, daß „die die Willenserklärung ersetzende Qualität auch schon nicht rechtskräftigen, aber für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteilen, ebenso auch vollstreckbaren Schuldtiteln, die nicht Urteile sind, beiwohne" [25]), so müßten, folgert O. Fischer, diese Sätze, wenn

23) O. Fischer S. 57.

24) Kipp S. 56. Dagegen Hellwig Anspruch S. 451 ff.

25) Kipp S. 115 ff., 126 ff.

sie richtig wären, schon für den norddeutschen Entwurf gelten, der die dafür in Betracht kommenden Bestimmungen bereits enthalte, dies sei nicht der Fall [26]. Daß vor dem norddeutschen Entwurf die Klagen auf Abgabe einer Willenserklärung Leistungsklagen, und die dem entsprechenden Verurteilungen Leistungsurteile waren, stehe unzweifelhaft fest. Der norddeutsche Entwurf statuiere nun zunächst ausdrücklich den Strafzwang für Handlungen, die ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängen. Von dieser Bestimmung seien die offenbar dazu gehörigen Willenserklärungen durch keine positive Bestimmung ausgenommen. Es existiere kein Gesetzesbefehl: „Bei Willenserklärungen findet kein Strafzwang statt," und es sei unzutreffend, wenn Kipp behaupte, daß das Gesetz primär dem Kläger jedes Mittel die reale Abgabe der Erklärung zu erzwingen habe entziehen wollen, indem es die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Willenserklärungen gänzlich abschnitt [27]. — „Nicht deshalb sei vielmehr bei Willenserklärungen der Strafzwang ausgeschlossen, weil er direkt verboten ist, sondern weil er infolge der Möglichkeit des Ersatzes der Willenserklärung durch das Urteil entbehrlich erscheine, und entbehrlicher Zwang ebenso wenig geübt werden solle, wie sonst überflüssiger Rechtsschutz gewährt werde" [28]. Der Wegfall des Strafzwanges reiche nur so weit, als seine praktische Entbehrlichkeit gehe. „Aber auch in den Fällen, in denen der Ersatz der Vollstreckung in der Hauptsache durch die Urteilswirkung gegeben sei, sei noch nicht gesagt, daß damit die Bedeutung des Urteils erschöpft sei [29]. Es könne durch die nicht rechtzeitige Erfüllung der Verpflichtung ein Schaden entstanden sein, den die nachträgliche Urteilswirkung nicht zu heben vermag und für dessen Geltendmachung das Urteil die rechtskräftige Grundlage bilde, falls nicht etwa Beklagter vor oder nach dem Erlaß des Urteils dem Urteil noch rechtzeitig nachkomme" [30]. — Unrichtig sei auch die Behauptung von Kipp, daß das Urteil, welches die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung aus-

---

26) O. Fischer S. 59.
27) O. Fischer S. 60.
28) O. Fischer S. 61.
29) So Kipp S. 69.
30) O. Fischer c. l.

spricht, soweit seine Ersatzfunktion reicht, sich zugleich als ein Akt der Zwangsvollstreckung qualifiziere, daß die Zwangsvollstreckung hier in dem Urteil enthalten sei[31]), und daß es sich gleichsam um eine unsichtbare Zwangsvollstreckung handele. — „Nicht durch Zwangsvollstreckung und nach dem Rechtsstreit werde die Ersatzwirkung hergestellt, sondern durch das Urteil selbst und schon im Rechtsstreite, der bis zum Eintritt der Rechtskraft fortzudenken sei. Es sei daher eine Urteilswirkung und nicht eine Wirkung der noch garnicht begonnenen, und insoweit auch ausgeschlossenen Zwangsvollstreckung" [32]). — Es sei demnach auch die Behauptung von Kipp unrichtig, daß die Ersatzfunktion auch anderen vollstreckbaren Schuldtiteln wie rechtskräftigen Urteilen innewohne, also sowohl Vergleichen und vollstreckbaren Urkunden, wie auch nur vorläufig vollstreckbaren Urteilen, denn tatbestandsmäßig sei schon für den norddeutschen Entwurf die Rechtskraft Voraussetzung dieser Wirkung. „Keineswegs aber gehe es an, bloß vorläufig vollstreckbare Urteile den rechtskräftigen gleich zu stellen, da man sich über das gesetzliche Erfordernis der Rechtskraft direkt hinwegsetzen und zudem etwas als Wirkung der Vollstreckbarkeit hinstellen würde, was garnicht zur Zwangsvollstreckung gehöre. Dieser Auslegung des Gesetzes entspreche auch die zum Ausdruck gelangte Absicht der Kommission" [33]). — Vom Standpunkte des norddeutschen Entwurfs aus könnten Urteile, die zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilen, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Nur wenn eine solche Erklärung für rechtlich vollkommen unwirksam anzusehen wäre, müßte sie unterbleiben. Als mögliche Wirkung bliebe nur die, daß der Verurteilte im Wege der Zwangsvollstreckung zur persönlichen Abgabe der Willenserklärung angehalten würde. Und dieses könne man annehmen, da § 1016 des Entwurfs durchaus auf den Fall passe und die Entbehrlichkeit infolge des § 1020 (1059) in diesem Falle nicht vorliege[34]). Dem vorläufigen Vollstreckbarkeitsurteil sei also die Ersatzfunktion zu versagen, dagegen reale Vollstreckung aus ihm zuzulassen[35]). —

31) So Kipp S. 70 f. 32) O. Fischer S. 62.
33) O. Fischer S. 63. 34) O. Fischer S. 63.
35) O. Fischer S. 71.

Für den norddeutschen Entwurf kommt O. Fischer zu dem Ergebnis: „Die grundsätzliche Auffassung der Vollstreckbarkeit blieb unverändert. Die Erweiterungen hinsichtlich der Kostenfestsetzung und der Vollstreckungshinderung sind übernommen. Verurteilungen zur Vornahme von Handlungen sind aber im allgemeinen vollstreckbar, in Ehesachen allerdings erst nach Eintritt der Rechtskraft. Bei rechtskräftigen Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen entfällt die Vollstreckbarkeit, soweit sie durch die Ersatzfunktion des rechtskräftigen Urteils entbehrlich wird" [36]). — Wichtig seien, was die C.P.O. in ihrer ursprünglichen Gestalt betrifft, noch die Änderungen, welche der Reichstag beschlossen hat.

Grundsätzlich habe die C.P.O. an dem Standpunkte des norddeutschen Entwurfes festgehalten, nach welchem das rechtskräftige Urteil die Willenserklärung ersetze und insoweit die Zwangsvollstreckung überflüssig werde und die Vollstreckbarkeit wegfalle. Nun sei aber bei der Beratung die praktisch sehr wichtige Frage entstanden, wie es gehalten werden solle, wenn nach dem Urteil die Willenserklärung noch von einer Gegenleistung, insbesondere der Zahlung einer Geldsumme, der Übergabe eines Grundstückes usw., oder auch der Abgabe einer Willenserklärung von der Gegenseite, abhängig sei.

Die Gesetz gewordene Fassung laute:

> „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§ 614, 615a eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist." § 725 (779 a. F., 894 n. F. C.P.O.).

Hiermit sollte festgestellt werden, unter welchen prozessualen Voraussetzungen auch die von einer Gegenleistung abhängige Willenserklärung in vim executionis als abgegeben gelte. Auch konstatierte man, daß mit dieser Fassung der Zeitpunkt des Eintrittes der Ersatzfunktion von dem Tage

---

36) O. Fischer S. 64.

der Rechtskraft auf den Tag der Erteilung der Vollstreckungsklausel hinausgeschoben sei. — O. Fischer stellt fest, daß, während man in den bisherigen Entwürfen daran festgehalten habe, daß eine vollstreckbare Ausfertigung nur zum Zwecke der Zwangsvollstreckung, und daher auch nur bei Urteilen mit zur Zwangsvollstreckung geeignetem Inhalte zu erteilen war, hier eine solche in einem Falle gegeben wurde, in welchem die Zwangsvollstreckung entbehrlich war und demnach unzulässig gewesen sei. Sie sei hier für einen Einzelfall über ihre eigentliche Bestimmung und über den Rahmen der wirklichen Vollstreckbarkeit hinaus auf einen heterogenen Fall angewendet worden[37]). Die Zahl der Unstimmigkeiten sei zweifellos um eine vermehrt. Dieser in letzter Stunde gefaßte Beschluß trage die Spuren der Übereilung an sich[38]). — Dies genüge aber nicht um den bisher zweifelsfrei gefundenen Begriff der vorläufigen Vollstreckbarkeit aufzugeben. Wenn sich früher ergeben habe, daß die Vollstreckbarkeitserklärung für einzelne Fälle eine über das eigentliche Gebiet der Zwangsvollstreckung hinausgehende Erweiterung erfahren habe, sei hier das gleiche für die Vollstreckungsklausel hinsichtlich eines vereinzelten Falles zu konstatieren[39]).

Die Frage, ob Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, wurde für den norddeutschen Entwurf von O. Fischer in Übereinstimmung mit Kipp bejaht. Dagegen ließ O. Fischer aus dem vorläufigen Vollstreckbarkeitsurteil nur die reale Vollstreckung zu, und versagte ihm, im Gegensatz zu Kipp, die Ersatzfunktion. — Bei der Beurteilung dieser Frage für die C.P.O. kommen Beide gelegentlich der Würdigung einer Neuerung der C.P.O. zu abweichenden Schlüssen[40]). — Bereits in der ersten Lesung fügte die Reichstagskommission den § 609a (§ 658 a. F. C.P.O.) neu ein, welcher bestimmte:

„Ist auf Bewirkung einer Eintragung im Grund- oder Hypothekenbuche erkannt, so darf das für vorläufig

37) O. Fischer S. 70, 71. 38) O. Fischer c. l.

39) O. Fischer S. 71.

40) O. Fischer S. 71 f., Kipp S. 117 ff.

vollstreckbar erklärte Urteil nur in der Weise vollzogen werden, daß die Eintragung in der zur Sicherstellung eines Anspruchs auf Eintragung vorgeschriebenen Form (Vormerkung usw.) erfolgt."

O. Fischer konstatiert, daß hier für Urteile, welche den Beklagten verurteilen, eine Eintragung im Grundbuche zu bewirken, die vorläufige Vollstreckbarkeit ausdrücklich anerkannt sei. Sodann sei aber die Wirkung der vorläufigen Vollstreckbarkeit dahin herabgemindert, daß nicht die Eintragung selbst, welche den Inhalt des Urteils bilde, sondern nur ein diese Eintragung sichernder Vermerk im Grundbuch aufgenommen werden dürfe. § 609a (658 a. F. C.P.O.) sei an und für sich nicht geeignet, auf die Grundauffassung der Vollstreckbarkeit in der C.P.O. modifizierend einzuwirken, es frage sich aber, ob er nicht bezüglich der Frage, ob und in welcher Weise Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen vorläufig vollstreckbar sein könnten, einen Einfluß haben müsse. Einen allgemeinen Einfluß werde man ihm nicht beimessen können. „Freilich liege in der Verurteilung zur Bewirkung einer Eintragung im Grundbuche auch die Verurteilung zur Abgabe der dazu erforderlichen Willenserklärungen, und diese Verurteilung werde mit für vorläufig vollstreckbar erklärt. Man werde auch vielleicht in analoger Anwendung des § 725 (779 a. F. C.P.O.) annehmen können, daß in diesem Falle die vorläufig vollstreckbare Verurteilung zur Abgabe der erforderlichen Eintragungsbewilligungen soweit ersetze, als die Bewilligung zur Eintragung eines Sicherungsvermerks ersetzt werde. Übrigens sei aber die Anwendung der §§ 719, 720 (773, 774 a. F. C.P.O.) zur Erzwingung des Sicherungsvermerks mittelst Strafen keineswegs ausgeschlossen, wenigstens soweit nicht, als die bloße Ersatzfunktion des Urteils nicht zum Ziele führe. Damit sei aber für die allgemeine Frage der Vollstreckbarkeit und Vollstreckbarkeitserklärung der Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen nichts entschieden. Es könne weder daraus, daß in diesem Falle die vorläufige Vollstreckbarkeit zugelassen sei, zwingend gefolgert werden, daß sie allgemein für die Abgabe von Willenserklärungen zugelassen

sei, da es sich hier keineswegs allein und direkt um Willenserklärungen handele, noch könne umgekehrt aus der Zulassung in diesem Falle auf die Nichtzulassung in anderen Fällen geschlossen werden. Es müsse vielmehr bei dem früher aus allgemeinen Gründen gefundenen, auch von Kipp angenommenen Ergebnis verbleiben, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit bei Verurteilungen zu Willenserklärugen zulässig sei. — Aber auch für die weitere Frage, ob und wie nun eine solche vorläufig vollstreckbare Willenserklärung wirksam werde, trage § 609a (658 a. F. C.P.O.) nichts bei, da er einerseits nichts Bestimmtes sage und andrerseits einen ganz eigenartigen Fall betreffe"[41]). — O. Fischer glaubt deshalb gegen Kipp bei seiner früher entwickelten Meinung stehen bleiben zu müssen, daß nicht die Ersatzfunktion eintrete, sondern die Erzwingung nach den allgemeinen Vorschriften der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen. Indessen sei diese Differenz für die hier behandelte Hauptfrage um so mehr belanglos, als ein Fall, in dem die Vollstreckungsklausel lediglich zur Herstellung der Ersatzfunktion zu geben wäre, doch bereits vorliege[42]). — O. Fischer kommt dann zu dem Resultate, daß die Durchforschung sämtlicher für die C.P.O. in Betracht kommender Entwürfe, sowie der C.P.O. selbst nicht ergeben habe, daß grundsätzlich davon abgewichen sei, den Begriff „Vollstreckbarkeit", wie in der hannoverschen Prozeßordnung, ganz streng logisch im Sinne von „zur Zwangsvollstreckung geeignet" zu gebrauchen[44]). Daraus, daß in den Bestimmungen über vorläufige Vollstreckbarkeit nicht überall ausdrücklich ein vollstreckbarer Inhalt gefordert werde, könne nicht gefolgert werden, daß ein solcher nicht sowohl für die Erklärung als vorläufig vollstreckbar in der Hauptsache, wie für Vollstreckungsklausel und Vollstreckungsurteil grundsätzlich erforderlich sei. — Als Erweiterungen der C.P.O. verzeichnet O. Fischer:

1. Die vorläufige Vollstreckbarkeit im Kostenpunkt als Grundlage eines Kostenfestsetzungsverfahrens.

---

41) O. Fischer S. 72, 73. 42) O. Fischer S. 73.
43) O. Fischer S. 75.

2. Die Vollstreckbarkeit der Entscheidungen, welche die Zwangsvollstreckung (einschließlich der Vollziehung von Arresten und einstweiligen Verfügungen) aufheben oder hindern.

3. Die Erteilung einer vorläufig vollstreckbaren Ausfertigung für Urteile, welche zur Abgabe von Willenserklärungen verurteilen, die im Urteil von einer Gegenleistung abhängig gemacht sind [44].

Weiter könne eine unbefangene und exakte Gesetzesauslegunz nicht gehen. Diese Erstreckungen könnten aber nicht genügen, um der C.P.O. von 1877 einen weiteren, sämtliche realen Urteilswirkungen auch bei nicht kondemnatorischen Urteilen umfassenden Begriff der Vollstreckbarkeit unterzulegen [45].

Anläßlich der mit dem 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Civilprozeßnovelle sei die Hauptbestimmung bezüglich der Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen, der § 894, unverändert geblieben. Größere Bedeutung beanspruche der zum Ersatz von § 658 geschaffene § 895. Geblieben sei von der alten Bestimmung, daß es sich um ein vorläufig vollstreckbares Urteil handelt, und daß auf Grund des Urteils eine Eintragung in das Grundbuch, dem jetzt das Schiffsregister gleichgestellt ist, vorgenommen werden solle. Geblieben sei auch die Tendenz, in diesem Falle die definitive Eintragung nicht zuzulassen, sondern nur eine vorläufige, wie sie das jetzige Recht in den Formen der Vormerkung und des Widerspruchs zur Verfügung stelle. Neu sei aber, daß die Bestimmung nicht mehr die Verwirklichung der Eintragung im Ganzen, sondern nur noch die Willenserklärung des Verurteilten ins Auge fasse, auf Grund deren die Eintragung erfolgen soll. Sie verordne daher nichts mehr über die Erzwingung der Eintragung im Ganzen, sondern bestimme mit den Worten: „so gilt die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs als bewilligt," lediglich, daß die vorläufig vollstreckbare Verurteilung zu einer Willenserklärung zwar nicht die Willenserklärung selbst ersetzen, wohl aber die Grundlage für einen Sicherungsvermerk abgeben solle. — Hiernach sei jeden=

44) O. Fischer S. 76. 45) O. Fischer S. 76.

falls durch ausdrückliche Vorschrift neu bestimmt, daß Verurteilungen zur Abgabe einer Willenserklärung dann für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, wenn es sich um eine Willenserklärung handelte, auf Grund deren eine Bucheintragung erfolgen solle. — Damit habe das Gebiet der Vollstreckbarkeitserklärung ebenfalls eine übrigens inhaltlich keineswegs gleiche Erweiterung erfahren, wie sie schon 1877 für das Gebiet der Vollstreckungsklausel durch § 779 a. F. (894 n. F.) mit der Gestaltung der Vollstreckungsklausel bei von Gegenleistung abhängigen Willenserklärungen bewirkt worden wäre. Man werde nämlich zugeben müssen, daß so auch die Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf einen weiteren Fall erstreckt sei, in dem (übrigens erst durch diesen neuen § 895, nicht schon früher!) die Vollstreckbarkeit in eigentlichem Sinne fehle. — Für die Frage, ob auch bei Verurteilungen zu anderen Willenserklärungen, als den in § 895 genannten, die vorläufige Vollstreckbarkeit ausgesprochen werden könne, sei aus § 895 direkt nichts zu entnehmen, da weder insoweit das argumentum a contrario zutreffe, noch im Gegenteil ohne weiteres gefolgert werden könne, daß sie, weil sie in diesem Falle anerkannt sei, auch bei anderen Willenserklärungen zulässig sein müsse[46]). — Eine Vollstreckbarkeitserklärung in der Hauptsache habe nach dem hier eingenommenen Standpunkte nur dann einen Sinn, wenn sie die Zwangsvollstreckung oder irgend eine andere Wirkung hervorzurufen vermöge. Sonst sei sie überflüssig, daher unzulässig, wenn auch unschädlich. Es komme also auf die Frage an, ob nach der Civilprozeßnovelle mit der Vollstreckbarkeitserklärung einer nicht rechtskräftigen Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, welche nicht als Grundlage einer Bucheintragung dienen solle, irgend etwas erreicht werden könne. Daß ihr eine Ersatzfunktion nicht beiwohne, nimmt O. Fischer schon für die C.P.O. von 1877 an. Es fehle jetzt wie bisher an einer jeden Bestimmung in dieser Richtung, und es sei nur für einen speziellen Fall die Ersatzfunktion, welche doch immer nur auf positiver Vor-

46) O. Fischer S. 80, 81.

schrift beruhen könne, anerkannt. Das argumentum a contrario sei hier so zwingend, daß der Rechtssatz „bei anderen als den in § 89 benannten Willenserklärungen tritt die Ersatzfunktion eines blos für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils nicht ein,“ für gesichert zu halten sei [47]).

Bezüglich der Frage, ob nicht der Zwang aus § 888 (§ 887 komme nicht in Frage) bei vorläufiger Vollstreckbarkeit zur Abgabe von Willenserklärungen, die nicht unter § 895 fallen, geübt werden könne, will O. Fischer, im Einklang mit seiner für die alte C.P.O. verfochtenen Ansicht die Zwangsvollstreckung aus vorläufig vollstreckbar erklärten Urteilen zur Abgabe von Willenserklärungen gemäß §§ 887, 888 C.P.O. zulassen [48]).

Zum Schlusse konstatiert O. Fischer noch eine „sehr bedenkliche Unstimmigkeit“, welche sich aus dem § 16 des Handelsgesetzbuches ergebe. § 16 spreche in seinem ersten Absatz von einer „rechtskräftigen oder vollstreckbaren Entscheidung“, welche „die Verpflichtung zur Mitwirkung bei einer Anmeldung zum Handelsregister oder ein Rechtsverhältnis, bezüglich dessen eine Eintragung zu erfolgen hat,“ gegen einen von mehreren Beteiligten feststellt, und knüpfe daran den Rechtssatz, daß die Anmeldung des so Verurteilten durch das Urteil ersetzt wird. Im Absatz 2 werde umgekehrt einer rechtskräftigen oder vollstreckbaren Entscheidung, welche die Eintragung für unzulässig erklärt, die Kraft gegeben, daß die Eintragung „nicht gegen den Widerspruch desjenigen erfolgen dürfe, welcher die Entscheidung erwirkt hat.“

O. Fischer erkennt an, daß hier die Vollstreckbarkeit in Bezug auf bloße Feststellungsurteile, und zwar nicht etwa blos im Kostenpunkte, sondern auch in der Hauptsache verwendet werde [49]). Es lasse sich nicht leugnen, daß die Zufügung des Adjektivs „vollstreckbar“ zu dem Adjektiv „rechtskräftig“ in erster Linie den Zweck verfolge, auch vorläufig vollstreckbare Urteile einzubegreifen, mithin die Vollstreckbarkeitserklärung in solchen Fällen zuzulassen. Es sei also zweifellosen Rechtens, daß bei den in § 16

47) O. Fischer S. 82. 48) O. Fischer S. 82.
49) O. Fischer S. 86.

Abs. 1 H.G.B. genannten Feststellungsklagen im Falle eines positiven Ergebnisses das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, und daß eine solche Entscheidung, übrigens ohne daß eine vollstreckbare Ausfertigung notwendig sei, die ihr in § 16 Abs. 1 beigelegte besondere Wirkung habe. — Es müsse aber auf das entschiedenste abgelehnt werden, diesen singulären Fall zu dem Analogieschluß zu benutzen, daß überhaupt in Feststellungssachen in der Hauptsache vorläufige Vollstreckbarkeit ausgesprochen werden könnte [50]).

O. Fischer kommt dann zu dem Schlußresultat, daß die C.P.O. keinen doppelten Begriff der Vollstreckbarkeit habe, sondern nur den einen und engeren, der mit der Geeignetheit zur Zwangsvollstreckung im engeren und eigentlichen Sinne identisch sei. Nur im einzelnen seien die Wirkungen der vorläufigen Vollstreckbarkeit über den Rahmen der Zwangsvollstreckung hinaus erweitert, auch Vollstreckungsklausel und Vollstreckungsurteil auf Fälle erstreckt, in denen es sich nicht um Zwangsvollstreckung handelt. Das reiche aber nicht aus, um für das System einen weiteren Begriff der Vollstreckbarkeit zu konstruieren, der alle realen Urteilswirkungen umfasse [51]).

Für eine Erweiterung dieser Sätze im Wege der Analogie fehle es an jeder Voraussetzung. Denn es handele sich offensichtlich nur um ganz singuläre Vorschriften. Bei solchen sei ja freilich nicht jede Analogie schlechthin ausgeschlossen, aber es sei hier sehr schwer, ein über den Spezialfall hinausreichendes allgemeines Prinzip zu finden, das die Anwendung auf Fälle mit anderem Tatbestande rechtfertige. Auch wenn man, was als irrig nachgewiesen sei, die Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen als Bewirkungsurteile auffasse, so fehle es doch noch an jeder Rechtfertigung für die Annahme, daß die für diesen Fall gegebene Regelung ohne gesetzliche Anordnung in allen anderen Fällen von Bewirkungsurteilen zur Anwendung kommen müsse. Jedenfalls scheine dafür kein Bedürfnis vorzuliegen [52]).

---

50) O. Fischer S. 86, 87. 51) O. Fischer S. 89.
52) O Fischer S. 91, 92.

Wäre man gezwungen, dies hier gefundene Ergebnis auf die Vertragskonstruktion anzuwenden, so würde sich ein durchaus unbefriedigendes Resultat ergeben. Denn nach eingehender Würdigung der Bestimmungen des Gesetzestextes, wie, laut den Protokollen, nach der Absicht der Mitglieder der zweiten Kommission, ist in dem Gesetze die Vertragskonstruktion zu Grunde gelegt und von den Mitgliedern der zweiten Kommission beabsichtigt. Sie ist nun einmal unzweifelhaft die Konstruktion des Gesetzes. Die Vergleichung einer namhaften Litteratur hat ergeben, daß dieser Weg bisher ein gangbarer ist. Der größte Vorwurf, den die Gegner gegen die Vertragskonstruktion erhoben haben, daß sie nämlich unnötigerweise Hindernisse errichte und die Befriedigung der Ansprüche des Käufers wesentlich erschwere, ist durch den Beweis entkräftet, daß eine Verbindung der Klage auf Abgabe der Zustimmungserklärung mit jener auf Rückgewähr juristisch möglich, und der Käufer seine Ansprüche demnach ohne Verzögerung in einer Klage geltend machen kann. Dies ganze Ergebnis wäre in seiner Nutzanwendung in Frage gestellt, wenn man als Resultat der Frage nach der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines solchen Urteils deren Unmöglichkeit annehmen müßte. Denn für den Käufer ist eine schnelle Befriedigung seines Wandelungsanspruches von größter Bedeutung. Müßte er zunächst die Rechtskraft des Urteils auf Abgabe der Zustimmungserklärung des Verkäufers abwarten, so besteht für ihn die dringende Gefahr, daß in der Zwischenzeit die Befriedigung seines Anspruchs arg gefährdet werden könnte. Für ihn bildet der sofortige Eintritt der Folgen der Verurteilung, und zwar dahin, daß die Willenserklärung sofort schon mit dem Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit, und nicht erst mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt, das von O. Fischer vermißte dringende Bedürfnis. — Sicher liegt es in dem Sinne des materiellen Rechts dem Käufer die vorläufige Vollstreckbarkeit zu gewähren. Mit Recht führt aber Haymann an, daß ein Verzicht auf die vorläufige Vollstreckbarkeit auch zu Widersprüchen mit dem Prozeßrecht führe. Denn nach den zwingenden Vorschriften des Prozeßrechts unterliegen alle Uteile, unangesehen ihrer Entscheidungsgründe, der

vorläufigen Vollstreckbarkeit, sobald die Voraussetzungen der §§ 708 ff. gegeben sind“ [53]). Auch Eccius [54]) findet, daß es inkonsequent sei und gegen die Bestimmungen der §§ 708—710 C.P.O. verstoße, wenn das Gericht Klagenverbindung zugelassen habe, aber die vorläufige Vollstreckbarkeit verweigere. Die Rücksicht darauf, daß das Urteil im Wege einer höheren Instanz aufgehoben werden kann, darf nicht abschrecken, „denn,“ fährt Eccius fort, „wenn es richtig ist, daß der Anspruch auf Rückgewähr abhängig ist von der erfolgten oder rechtskräftig ergänzten Zustimmung des Verkäufers zu dem Vertrage, dann wird zwar eine Verurteilung zur Leistung vor der erfolgten oder rechtskräftig ergänzten Zustimmung des Verkäufers unrichtig sein, aber auch unrichtige Urteile, die der Gefahr unterliegen, in der höheren Instanz abgeändert zu werden, unterliegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit“ [55]). — Von dem Standpunkte der hier vertretenen Konstruktion aus ist es notwendig zu der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Urteile auf Abgabe von Willenserklärungen im allgemeinen zu gelangen, und zwar mit dem Ergebnis, daß gleichzeitig mit dem Ausspruche der vorläufigen Vollstreckbarkeit die Ersatzfunktion eintritt. — Es fragt sich, ob es möglich ist, auf dem Wege der Interpretation oder Analogie dieses Ziel zu erreichen.

Die Frage, ob Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, ist aus allgemeinen Gesichtspunkten zunächst zu bejahen. Denn sobald die Voraussetzungen der §§ 708 ff. C.P.O. gegeben sind, unterliegen alle Urteile der vorläufigen Vollstreckbarkeit [56]). Von dieser Regel sind die Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung nirgends ausgenommen. O. Fischer wie Kipp kommen zu dem Resultate, daß Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können. Der Weg, auf dem beide zu diesem Ergebnis kommen, ist jedoch ein sehr verschiedener und daher das Resultat auch nur ein scheinbar gleiches.

---

53) Haymann S. 522. 54) Eccius S. 321.
55) Eccius S. 322.
56) Kipp S. 119, Haymann S. 522, Eccius S. 321 f.

O. Fischer nimmt schon für den norddeutschen Entwurf an, daß ein Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden könne, nur wenn eine solche Erklärung für rechtlich vollkommen unwirksam anzusehen wäre, müßte sie unterbleiben [57]). Denn soweit das rechtskräftige Urteil die Willenserklärung ersetze, werde die Zwangsvollstreckung überflüssig, und falle die Vollstreckbarkeit weg [58]). Der Strafzwang bei Willenserklärungen sei aber keineswegs ausgeschlossen, und es bliebe als mögliche Wirkung der Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit die, daß der Verurteilte im Wege der Zwangsvollstreckung zur persönlichen Abgabe der Willenserklärung angehalten würde [59]). — O. Fischer läßt also nur reale Vollstreckung zu und versagt dem Urteil die Ersatzfunktion.

Kipp dagegen steht auf dem Standpunkt, daß bei einem Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung, genau ebenso wie bei einem sonstigen Urteile, in welchem der Richter Rechtsfolgen schafft, diese Rechtsfolgen schon auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit eintreten müßten. In dem vorliegenden Falle beständen diese fraglichen Rechtsfolgen in dem Eintreten der Ersatzfunktion, welche demnach schon durch die vorläufige Vollstreckbarkeit ins Leben gerufen werden könnte [60]).

Für die Beurteilung dieser Frage ist die Entwickelungsgeschichte des § 1059 des norddeutschen Entwurfs, des Vorgängers des jetzigen § 894 C.P.O. von Interesse. — Die in der Sitzung im Plenum der Kommission zur Beratung des norddeutschen Entwurfs am 8. März 1870 hinsichtlich der nur dem Schuldner möglichen Handlungen erfolgte Bemerkung des Referenten: „für manche Handlungen dieser Art sei ein direkter Zwang unmöglich, bei anderen, z. B. bei Willenserklärungen, sei er entbehrlich, weil hier die Handlung durch die Rechtskraft des zu derselben verurteilenden Erkenntnisses ersetzt werde, . . .“ hatte die dementsprechende Formulierung der beiden, einander gegenüber-

57) O. Fischer S. 63, 71,
58) O. Fischer S. 64, 69.
59) O. Fischer S. 63.
60) Kipp S. 119 f.

zustellenden §§ 1016 und 1020 zur Folge. Beide zeigen eine beabsichtigte Unterscheidung.

§ 1016 bestimmt:

„Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, der Gläubiger befugt bei dem Prozeßgericht erster Instanz zu beantragen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldbußen oder durch Haft angehalten werde."

Im Gegensatz hierzu bestimmt § 1020:

„Wenn der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, so gilt die Erklärung für abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat."

Für die Erzwingung unvertretbarer Handlungen des Schuldners die ausschließlich von seinem Willen abhängig sind, im allgemeinen, werden Haft und Geldstrafen angedroht, während dagegen die Willenserklärung, welche von dem Schuldner gefordert wird, mit der Rechtskraft des Urteils „für abgegeben gilt." Das heißt, sie wird durch das rechtskräftige Urteil ersetzt, es tritt die Ersatzfunktion ein. — Allerdings existiert ein Gesetzesbefehl nach dem bei Willenserklärungen kein Strafzwang stattfindet nicht, aber doch zeigt die Formulierung dieser zwei, einander gegenüberzustellenden Bestimmungen mit ihren verschiedenen Anordnungen, im Hinblick auf die Bemerkung des Referenten, daß ihnen auch verschiedene Voraussetzungen entsprechen, daß man hier den Schuldner, von dem man die Abgabe einer Willenserklärung fordert, anders behandeln will, als jenen, von dem eine sonstige unvertretbare Handlung gefordert wird. Es ist unterschieden zwischen „erzwingbaren" und „ersetzbaren" Handlungen des Schuldners. Während für die Erwirkung der ersteren Haft und Geldstrafen angeordnet werden, ist dies für die letzteren zwar nicht durch wörtliche Gesetzesbestimmung ausgeschlossen, aber dennoch indirekt verboten. Hier tritt die Ersatzfunktion des Urteils an Stelle der realen Vollstreckung. Gewiß aus dem Grunde, weil der Strafzwang hier entbehrlich und durch das Eintreten der Ersatzfunktion überflüssig wurde. Es ist daher mit Kipp anzu-

nehmen, daß eine Zwangsvollstreckung zur Erzwingung von Willenserklärungen ausgeschlossen ist.

Es handelt sich nun um die Frage, ob trotzdem ein solches Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann und welche Wirkungen eine solchen Eklärung beizumessen wären.

Nach O. Fischer hat eine Vollstreckbarkeitserklärung in der Hauptsache nur dann einen Sinn, wenn sie die Zwangsvollstreckung oder irgend eine andere Wirkung hervorzurufen vermag, sonst sei sie überflüssig, daher unzulässig, wenn auch unschädlich[61]).

Dieser Grund erscheint nicht zutreffend, da doch auch andere Urteile, aus welchen eine reale Vollstreckung nicht angängig ist, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, so z. B. kann, wenn eine Klageabweisung erfolgt, auf Antrag des Beklagten das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, obwohl eine reale Vollstreckung aus diesem Urteil unmöglich ist. Zudem ergibt aber auch § 895 C.P.O. den positiven Beweis dafür, daß auch Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können. § 895 C.P.O. bestimmt:

> „Ist durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch oder das Schiffsregister erfolgen soll, so gilt die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs als bewilligt."

Hier wird also durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung für vorläufig vollstreckbar erklärt. Und zwar will § 895 nicht etwa ausnahmsweise eine gewisse vorläufige Vollstreckbarkeit schaffen, sondern umgekehrt, deren sonstige Wirkungen in seinem Kreise beschränken[62]). — Im Gegensatz zu seinem Vorgänger, dem § 658 a. F. faßt die Bestimmung des § 895 n. F. nicht mehr die Verwirklichung der Eintragung im Ganzen, sondern nur noch die Willenserklärung des Verurteilten ins Auge, auf Grund deren die Eintragung erfolgen soll[63]). — Während O. Fischer vor dieser Neu-

61) O. Fischer S. 81.

62) Kipp S. 64, 115 ff., vgl. O. Fischer S. 71 a. E.

63) O. Fischer S. 80.

gestaltung der Civilprozeßnovelle für den § 658 a. F. die Anwendung der §§ 773, 774 a. F. zur Erzwingung des Sicherungsvermerks mittels Strafen für keineswegs ausgeschlossen erklärt, wenigstens soweit nicht, als die bloße Ersatzfunktion des Urteils nicht zum Ziele führe, und deshalb alle Folgerungen für die allgemeine Frage der Vollstreckbarkeit und Vollstreckbarkeitserklärung der Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen ablehnt [64]), nimmt er gegenüber dem unzweideutigen Wortlaute der Bestimmung des § 895 von einer entsprechenden Anwendung der §§ 887, 888 n. F. Abstand und erkennt an, daß hier als Wirkung der vorläufigen Vollstreckbarkeit lediglich die Ersatzfunktion eintritt [65]). Im Falle daß aber andere, als die im § 895 genannten Willenserklärungen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden sollten, gibt O. Fischer das Eintreten der Ersatzfunktion nicht zu, sondern will, im Einklang mit seiner früher verfochtenen Ansicht, die Zwangsvollstreckung gemäß §§ 887, 888 C.P.O. zulassen.

Da nach dem hier vertretenen Standpunkte jegliche Zwangsvollstreckung zur Erzwingung einer Willenserklärung auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils ausgeschlossen ist, und die in § 895 eintretende Ersatzfunktion nicht auf positiver Spezialvorschrift beruht, sondern aus der allgemeinen Vorschrift des § 894 folgert, kann aus § 895 indirekt der Schluß gezogen werden, daß allgemein, auch bei Verurteilungen zu anderen als den im § 895 genannten Willenserklärungen, die vorläufige Vollstreckbarkeit zulässig ist und als ihre Wirkung das Eintreten der Ersatzfunktion erfolgt. — Dieser Schluß erscheint umso mehr gerechtfertigt, als nachweislich in der C.P.O. mehrfach die Fiktion der Willenserklärung auf nur vorläufige Entscheidungen gegründet ist.

Wie im Falle des § 895 die Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf einen Fall erstreckt ist, in dem die Vollstreckbarkeit in dem eigentlichen engeren Sinne fehlt, und damit das Gebiet der Vollstreckbarkeitserklärungen erweitert wurde, tritt eine gleiche Erweiterung bezüglich der Erteilung der Vollstreckungs-

---

64) O. Fischer S. 72. 65) O. Fischer S. 81 f.

klausel in einem anderen Falle ein. Denn es beruht im § 894 C.P.O. das Eintreten der Ersatzfunktion auf dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil darüber, ob die erforderliche Gegenleistung beschafft ist. Erhebt der Kläger die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, so tritt, gleichzeitig mit der vorläufig vollstreckbaren Entscheidung, die Ersatzfunktion ein, §§ 894, 726, 731 C.P.O. Auch in diesem Falle hat die Vollstreckungsklausel die Herstellung der Ersatzfunktion zur Folge.

Es rechtfertigt sich somit der Schluß, daß allgemein Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, und daß als Wirkung der vorläufigen Vollstreckbarkeit, schon mit ihrem Ausspruch der sonst erst mit der Rechtskraft des Urteils eintretende Ersatz der Willenserklärung wirksam ins Leben tritt.

Für die hier vorliegende Frage ist dies Ergebnis von der größten Bedeutung. — Es ist somit in der Tat möglich, den Verkäufer in einem Urteil vorläufig vollstreckbar zur Abgabe der Zustimmungserklärung und zur Rückgewähr zu verurteilen [66]). Hiermit erst gewinnt die oben nachgewiesene Möglichkeit einer Verbindung beider Klagen praktische Bedeutung. Hiermit ist auch der Vorwurf widerlegt, den Eccius erhoben hat, daß es inkonsequent sei und direkt gegen die §§ 708—710 C.P.O. verstoße, wenn das Gericht Klagenverbindung zugelassen habe, aber die vorläufige Vollstreckbarkeit verweigere [67]).

§ 22.

Die Wandelungseinrede.

Nachdem die klageweise Geltendmachung der Wandelung erörtert ist, erübrigt es sich noch festzustellen, welche Wirkungen die Wandelung hervorruft, wenn sie nicht aggressiv, sondern defensiv im Wege der Einrede geltend gemacht wird.

---

66) Kipp S. 115 ff., Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 704, Schollmeyer S. 32. Von Seiten der Gegner Veith S. 37.

67) Eccius S. 321.

Neben dem Anspruch auf Wandelung ist im § 478 als einredeweise Betätigung des Rechtes auf Wandelung dem Käufer ein Leistungsverweigerungsrecht (resultierend aus dem Rechte auf Wandelung) gegeben. — Die Gegner der Vertragstheorie behaupten, daß gemäß der Bestimmung des § 478 die Wirkungen der Wandelung auch ohne einen vorhergehenden, darauf gerichteten Aufhebungsvertrag eintreten könnten. Denn „noch nach Ablauf der Verjährung" der Gewährleistungsansprüche, also unter der Voraussetzung, daß die Wandelung oder Minderung nicht durch Erklärungen gemäß § 465 in Vollzug gesetzt worden sei, könne nach § 478 die eingeforderte Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigert werden, als der Käufer „auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde." Wenn dieselbe Weigerung aber nach eingetretener Verjährung ohne Rücksicht auf vorgängig ausgetauschtes Einverständnis über die Wandelung für zulässig und wirksam erklärt werde, so müsse sie also notwendig auch schon vor Ablauf der Verjährung in derselben Weise zulässig gewesen sein [1]). „Hiernach trete im Gesetze selbst ein Fall hervor, in welchem das Wandelungsverlangen ohne einen daraufhin zustande gekommenen Vertrag geltend gemacht werden könne" [2]).

Bevor zur Erledigung dieser Frage geschritten werden kann sind die Bedenken zu prüfen, welche dahin geltend gemacht wurden, ob denn überhaupt in dem § 478 eine allgemeine Wandelungseinrede geschaffen sei. — Der Text des Gesetzes spricht direkt nur davon, daß der Käufer „auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern kann, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde." Es ist zunächst die Frage, ob dem Käufer dasselbe Recht auch schon vor Ablauf der Verjährungsfrist zustehe.

---

1) Eccius S. 321 f.

2) Eccius cl., Matthiaß D.J.Z. S. 208, Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 500, Lobe S. 115, Haymann S. 544, Staub Anm. 46 zu § 377 S. 1359, Thiele S. 418, Mensing S. 15 und von den Vertretern der Vertragstheorie: Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 703 f.

Flechtheim lehnte diese Folgerung ab, weil § 478 „nur eine aus Billigkeitsrücksichten geschaffene Ausnahme darstelle“ [3]).

„Allein,“ wendet dagegen Kaulbach ein, „nicht die originäre Erschaffung der Einrede nach der Verjährung ist Billigkeitsrücksichten zuzuschreiben, sondern nur die Verlängerung der Einrede über den Termin der Verjährung hinaus ist Sache der Billigkeit gewesen“ [4]).

Nach Flechtheim ist die Einrede hier eine spezielle Erscheinungsform der Chikaneeinrede wie sie im Sinne der römischen exceptio doli generalis durch den § 226 in dem Bürgerlichen Gesetzbuch aufgenommen sei [5]). Auch Endemann findet, daß, wenn man dem Käufer das Recht zur Verweigerung der Preiszahlung bereits vor dem Vollzuge der Wandelung einräume, „dies nur darauf gegründet werden könne, daß der Verkäufer gegen Treu und Glauben handele (exceptio doli generalis), wenn er jetzt begehre, was er alsbald auf Grund der von dem Käufer angekündigten Wandelung zurückgeben müsse. Dem entspreche insbesondere § 478“ [6]).

Kaulbach nennt „diesen komplizierten Prozeß wenn auch vielleicht nicht falsch, so doch überflüssig“ [7]), allein er ist auch falsch, denn die Einrede ist nicht von irgend welchen subjektiven Voraussetzungen in der Person des Käufers abhängig. — Ferner läßt sich der Grundsatz: „dolo facit, qui petit quod redditurus est,“ nur unter der — zu erklärenden — Voraussetzung heranziehen, daß der Verkäufer auch nach Verjährung des Käuferanspruches ein

---

3) Flechtheim in Gruchot S. 85 ff.

4) Kaulbach S. 25.

5) Flechtheim in Gruchot c. l. Paulus l. 173 § 3 D. de reg. jur. 50,17: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est“. Vergl. die ebenso lautende l. 8 pr. D. de doli mali exc. 44,4; es ist Chikane, einzufordern, was man sofort zurückgeben muß“, so Kipp in Windscheid II § 349 2 S. 463. § 226 BGB.: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen“.

6) Endemann § 161 1 b Anm. 15 S. 988.

7) Kaulbach S. 25 Anm. 1. Ablehnend auch Haymann S. 544.

redditurus sein würde[8]). — Auch geht diese Erweiterung über den Rahmen des § 226 hinaus. § 478 gibt eben ein Verweigerungsrecht, während § 226 nur ein vom Richter ipso jure zu beachtendes Verbot aufstellt. Diese Erweiterung der Chikanebegriffe muß zur Klageabweisung ex officio führen[9]). Eine Einrede ist das Recht, eine an sich geschuldete Leistung zu verweigern, die Chikaneeinrede Flechtheims jedoch ist die Behauptung einer Tatsache[10]).

Eine andere Auffassung des dem Käufer im § 478 gegebenen Rechtes wurde von Neumann vertreten. Er fand in dem fälligen (§ 271) „Anspruch des Käufers auf Vollziehung der Wandelung oder Minderung als Einrede gegen die Kaufgeldklage des Verkäufers ein Zurückbehaltungsrecht des Käufers an dem Kaufpreise (§ 273) begründet, mit der Wirkung der Verurteilung des Käufers zur Leistung Zug um Zug gegen die Erklärung des Einverständnisses mit der Wandelung bezw. Minderung. (274)“[11]).

Mit Recht führt Eccius[12]) hiergegen an, daß diese Konstruktion zu dem Ergebnisse führen müßte, daß der Käufer den Kaufpreis Zug um Zug gegen Abschluß eines Wandelungsvertrages zahlen müßte, inhalts dessen er das Kaufgeld wieder zurückfordern könne[13]).

Später[14]) hat Neumann diese Ansicht fallen lassen. Er bestreitet die Existenz einer Wandelungseinrede und behauptet nunmehr, daß bei Annahme der Vertragskonstruktion, die Wandelungseinrede, wenn man nicht mit Flechtheim[15]) seine Zuflucht zu der allgemeinen Chikaneeinrede des § 226

---

8) Oertmann Kom. 1 α zu § 478 S. 400.

9) Matthiaß D.J.Z. S. 208.

10) Veith S. 56.

11) Neumann Erste Aufl. 1899. Kom. 6 zu § 465 S. 223.

12) Eccius S. 322.

13) Ebenso Staub Anm. 45 zu § 377 S. 1359, Flechtheim in Gruchot S. 84 f., Haymann S. 544.

14) Neumann (Zweite Aufl. 1900) Kom. II 1 b zu § 462 S. 221.

15) Flechtheim in Gruchot S. 86 ff.

nehmen wolle, nur mit Hilfe des Zurückbehaltungsrechtes zu begründen sei, welches dem Käufer zustehe. „Das Urteil würde hier nicht eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug enthalten, sondern auf Abweisung der Klage lauten, da im Momente der Vollziehung der Wandelung, d. h. im Momente der Rechtskraft des Urteils, der Anspruch des Verkäufers fortfalle."

Auch Kloß [16]) will „allerdings auch eine Ähnlichkeit der Rechtsstellung des sich auf die Abwehr des Klageanspruchs beschränkenden Käufers mit der eines Schuldners der ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Satz 1 B.G.B. geltend macht, anerkennen, aus dieser Ähnlichkeit dürften aber keine weiteren Folgerungen gezogen werden."

Aber auch diese Annahme ist unhaltbar, da „die Zurückbehaltung wegen verjährter Ansprüche ihrerseits bestenfalls etwas durch den Fall des § 478 zu Beweisendes ist, ihn also nicht erklären kann" [17]).

Eine andere Meinung geht dahin, daß die Wandelungseinrede nichts anderes sei als der nach der Verjährung noch fortbestehende residuäre Rest des Wandelungsanspruches.

§ 478 besagt aber nur, daß die Einrede „auch nach Vollendung der Verjährung" geltend gemacht werden könne. Damit ist nicht gesagt, daß dies nur von diesem Zeitpunkte an geschehen könne [18]). Es ist also nicht richtig anzunehmen, daß die Einrede erst nach Vollendung der Verjährung, an Stelle dieses Anspruches, als sein Ersatz entstehe. Selbst bei dieser Annahme wäre damit keine Erklärung gegeben. Denn gegenüber einer Einrede, die auf der Grundlage eines Anspruches entstanden ist, kann die Verjährung ebenso gut im Wege der Replik geltend gemacht werden, wie gegenüber dem Anspruch im Wege der Einrede. Von einer so weit gehenden Beschränkung der Verjährungswirkung enthält das Gesetz nichts [19]).

Alle diese Erklärungsversuche befriedigen nicht. Richtig

16) Kloß S. 291.

17) Oertmann Kom. 1 β zu § 478 S. 400.

18) Hellwig Verträge S. 294, 295.

19) Oertmann Kom. 1 γ zu § 478 S. 400.

ist, daß im § 478 eine allgemeine Wandelungseinrede geschaffen ist.

Wenn im § 478 zwar direkt nur von einer Einrede gesprochen wird, welche dem Käufer erst nach der Vollendung der Verjährung des Wandelungsanspruches unter den dort genannten Voraussetzungen gegen die Kaufpreisklage des Verkäufers gegeben ist (perpetuierte Einrede)[20]), so kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß diese Einrede um so eher auch schon vor der Vollendung der Verjährung besteht, dies ist unzweifelhaft durch das Wörtchen „auch" in den §§ 478, 490 Satz 3 ausgedrückt. Dies ist die herrschende Meinung bei allen Parteien[21]). — Schon aus dieser Vorstellung, noch mehr aber aus der Erwägung, daß die Rechtsstellung des Käufers vor der Verjährung des Anspruchs auf Wandelung unmöglich schlechter sein kann als nachher, folgt, daß der wandelungsberechtigte Käufer sich gegenüber der Kaufpreisklage des Verkäufers mit einer Einrede verteidigen kann[22]). — Über den Inhalt der Einredebefugnis des Käufers besagt § 478, daß dieser „die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern kann, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde," d. h. daß schon der Anspruch auf Wandelung oder Minderung ebenso wie die im Sinne von § 465 vollzogene Wandelung gegenüber der Kaufpreisklage des Verkäufers dem Käufer das Recht gewährt, die Zahlung des Kaufpreises ganz oder teilweise zu verweigern[23]).

20) So genannt in der zweiten Kommission. Protokolle II Band 1 S. 676 ff., Kloß S. 309: „Die Bedeutung der perpetuierten Einrede im Sinne des § 478 BGB. ist die, daß der Käufer die Zahlung des ganzen oder eines Teiles des Preises verweigern kann, wie er könnte, wenn das Recht auf Wandelung oder auf Minderung nicht verjährt wäre", vergl. Planck I Erl. 3 c zu § 322 S. 272.

21) Eccius S. 322, Matthiaß D.J.Z. S. 208, Lobe S. 115, Planck II Erl. 3a zu § 478 S. 259, Kipp in Windscheid II § 395 I 3a S. 703, Kuhlenbeck S. 263, Kloß S. 291 u. 309, Hellwig Verträge S. 294, Kaulbach S. 25, Staffel S. 673, Mensing S. 61, Stratmann S. 37 f., Aschheim S. 37 f.

22) Hellwig Verträge S. 295, Haymann S. 544.

23) Mensing S. 61, Eccius S. 321, Kaulbach c. l.

Dem Anspruche des Verkäufers ist die Erzwingbarkeit genommen, eine diesbezügliche Klage muß ganz oder teilweise abgewiesen werden [24]).

Das Eigentümliche der Wandelungseinrede ist ihre Fortdauer über den Zeitpunkt der Verjährung des Wandelungsanspruches hinaus. Man hat dieselbe auf verschiedene Weise zu erklären versucht. Zunächst ist das Wesen dieser Einrede näher zu betrachten.

„Wie die Anfechtungserklärung (§ 143 Satz 1), die Erklärung der Aufrechnung (§ 388), des Rücktritts (§ 349), die Forderung auf Befreiung von einer sine causa eingegangenen (abstrakten) Verpflichtung (§ 812 Satz 2), ist auch das Wandelungsverlangen des Käufers (§ 465) nicht mehr eine Prozeßhandlung, sondern ein materielles Rechtsgeschäft“ [25]). Im Gegensatz zu der Civilprozeßordnung, welche unter Einreden jeden außerhalb des Klaggrundes liegenden Grund zur Abweisung oder zur Modifikation der Verurteilung versteht, ist die Bezeichnung der Einrede in dem Bürgerlichen Gesetzbuche weit enger. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt keine Begriffsbestimmung, sondern nur die Einteilung in aufschiebende (dilatorische) Einreden und in Einreden durch welche die Geltendmachung eines Anspruches dauernd ausgeschlossen ist, (peremptorische Einreden). In dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist anscheinend der Ausdruck „Einrede“ identisch mit dem „Recht, eine geschuldete Leistung zu verweigern“. Der Fall einer solchen peremptorischen Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs liegt in dem Falle der §§ 478, 490 Absatz 3 vor [26]). — Die Wandelungseinrede ist eine Einrede in materiellem Sinne, eine wahre Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches § 202, und zwar das peremptorische Recht eine geschuldete Leistung zu verweigern [27]). — „Durch die Geltendmachung einer per-

24) Planck c. l. 25) Hellwig Verträge S. 292.

26) O. Fischer in Fischer-Henle Note 6 zu § 202 S. 109.

27) R. Fischer S. 45, Hellwig Anspruch S. 9: „Eine Einrede in materiellem Sinne ist stets das Leistungsverweigerungsrecht, ein „Recht des rechtlichen Könnens“.

emptorischen Einrede hebt der Schuldner durch die Verweigerungserklärung den Anspruch auf und zwar so, daß „„nach der Geltendmachung der Einrede es so anzusehen ist, als ob die Forderung rechtlich nie bestanden habe““ [28]). „Durch die Geltendmachung der Einrede erlischt die Forderung selbst“ [29]). — Und zwar kann nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, wer durch ein Delikt zur Eingehung einer Verbindlichkeit veranlaßt wurde (§ 853), wer sine causa promittierte (§ 821), wer aus einer anfechtbaren letztwilligen Verfügung obligiert ist (§ 2083), ebenso wie der aus einem wegen ädilicischer Mängel angreifbarem Kaufvertrage Verpflichtete (§ 478, 490 Abs. 3), die Leistung „auch“ dann verweigern, wenn die Möglichkeit die betreffende Verpflichtung aufzuheben, durch Verjährung oder Ablauf einer Präklusivfrist verloren gegangen ist [30]). — Nun unterliegt es für das Bürgerliche Gesetzbuch keinem Zweifel, daß Einreden an sich unverjährbar sind. Nur Ansprüche, nicht aber Einreden unterliegen der Verjährung. Dies folgt aus der Natur der Sache, da der Berechtigte eine Einrede nicht immer, sondern nur dann geltend machen kann, wenn gegen ihn ein Anspruch erhoben ist [31]). — „Das Wort „„verjähren““ als ein Ausdruck des Schwindens oder Kraftloswerdens, das als Folge der Nichtausübung des verjährenden Rechts eintritt, ist bei Einreden nicht in demselben Sinne anwendbar wie bei klagbaren Ansprüchen. „„Verjähren““ kann bei Einreden nur so viel heißen, als „„durch Zeitablauf wegfallen““, die Einrede verjährt niemals als solche durch Nichtausübung, sondern sie kann nur durch Nichtausübung eines Anspruches, der denselben Zweck hat, hinfällig werden“ [32]). — Die Verjährung kann nur dann eine Einrede beseitigen, wenn diese auf einem Rechte beruhte und dieses Recht durch Verjährung vollkommen aufgehoben

28) Motive II S. 831, Hellwig Anspruch S. 9 f.

29) Hellwig Anspruch S. 11.

30) Zusammengestellt bei Hellwig Verträge S. 294.

31) Kipp in Windscheid I § 112 S. 576 f. u. § 112 3 S. 579, R. Fischer S. 25, vgl. § 3 S. 10 f.

32) R. Leonhard bei Eck § 45 S. 212 Anm. 3.

wird, nicht blos für die Klage. Durch die Verjährung des dinglichen Anspruchs wird nicht auch die auf das dingliche Recht gegründete Einrede beseitigt, der dinglich Berechtigte kann sein Recht auch dann noch geltend machen, wenn die Klage erloschen ist[33]). — Wenn aber aus dem Wesen einer Einrede hervorgeht, daß sie nur in einem Anspruche ihren rechtlichen Grund und Zweck hat, wenn sie dasselbe Recht betätigt wie ein Anspruch, und nur aus dem Anspruche ihren materiellen Inhalt schöpft, so ist sie unselbständig. Durch die Verjährung des obligatorischen Anspruches wird dann auch die auf der Obligation beruhende Einrede hinfällig[34]). Diese Einrede geht mit dem Rechte auf Befreiung von der Verbindlichkeit Hand in Hand, in der Regel jedoch nur so lange, als jener Befreiungsanspruch besteht, das Einrederecht basiert auf diesem und fällt mit ihm, wenn es verjährt oder präkludiert ist[35]). — Die Einrede desjenigen, der eine mangelhafte Sache gekauft hat, ist nur darauf gegründet, daß er Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen kann, sie hat keine selbständige Existenz[36]). — Das Gesetz hat von diesem allgemeinen Grundsatze in den Fällen und unter den Voraussetzungen, wie sie in den §§ 478, 490 Abs. 3, 639 Abs. 1, 821, 853, 2083 und 2279 normiert sind, einige Ausnahmen geschaffen, und neben einem verjährbaren Anspruch eine dessen Verjährung überdauernde Einrede gegen einen anderen Anspruch gegeben[37]). — Das Besondere dieser Bestimmungen ist jedoch

33) Kipp in Windscheid I § 112 S. 576 f. und § 112 3 S. 579, Hellwig Verträge S. 295, Hellwig Anspruch S. 9 und Anm. 5.

34) Eck § 75 S. 457 u. § 45 S. 212 f., R. Fischer S. 61.

35) Ebert in Fischer-Henle Note 5 zu § 478 S. 237, O. Fischer in Fischer-Henle Note 2 zu § 222 S. 119, Kipp in Windscheid I § 112 S. 577, Hellwig Verträge S. 295. Abweichend Eck § 45 S. 212 Anm. 3: „Nicht jede Einrede wird durch Zeitablauf hinfällig, wenn ein Anspruch verjährt, der denselben Zweck verfolgt, nur in Ausnahmefällen, wie in § 478 ist dies zu bejahen".

36) Kipp in Windscheid I § 112 Anm. 8 S. 577, anderer Meinung dagegen Savigny § 253—255 S. 413—437, welcher behauptet daß, wenn neben einer Klage eine Einrede anerkannt sei, dieselbe immer eine selbständige Existenz habe.

37) Kipp in Windscheid I § 112, 3 S. 579.

nicht, daß sie ein Einrederecht statuieren, sondern daß sie es fortdauern lassen, obgleich der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit erloschen ist[38]). Abweichend von dem Prinzipe des § 222 statuiert § 478 eine Perpetuierlichkeit der Einrede und behandelt sie insoweit als ein selbständiges, neben dem Anspruche stehendes Recht[39]). — So ist im § 478 das Recht auf Zahlung des Kaufpreises von Anfang an mit einer Einrede behaftet, derselbe Tatbestand, die mangelhafte Beschaffenheit der Leistung des Verkäufers hat dem Käufer neben dem Anspruche eine dem Anspruche gegenüber selbständiges Einrederecht verliehen. Entgegen der Regel wird dieses Einrederecht durch die Verjährung des Anspruches nicht getroffen. Es ist auch nicht verjährbar, da es als solches eben kein Anspruch ist[40]). — Dieses Recht gilt jedoch nur unter gewissen Voraussetzungen, insofern nämlich der Käufer noch vor Ablauf der Verjährung an den Verkäufer die Mangelanzeige abgesandt hat, hat er dies aber getan, so kann er die Preiszahlung noch ebenso weit verweigern, wie er es auf Grund der Wandelung oder Minderung vermocht hätte, also nicht mehr, wenn, auch abgesehen von der Verjährung, sein Anspruch ausgeschlossen sein würde[41]).

In Verfolg des oben erwähnten Gedankens, daß das Wort „verjährbar" bei Einreden nicht in demselben Sinne anwendbar sei wie bei klagbaren Ansprüchen, stellt R. Fischer[42]) die annehmbare Behauptung auf, daß eine solche Ausnahme von der Unverjährbarkeit der Einreden nach der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches nur als eine scheinbare zu bezeichnen

---

38) Hellwig Verträge S. 295.

39) Eck § 75 S. 457, § 45 S. 212 f. u. Anm. 3 (Vorbereitungsheft): „Es rechtfertigt sich dies darum als billig, weil, wenn der Verkäufer den Preis nicht fordert, der Käufer meist auch seinerseits nicht klagen mag".

40) Planck II Erl. 1 zu § 478 S. 259 u. Bd. I Erl. 3 c zu § 222 S. 272, Oertmann Kom. 1 c γ zu § 478 S. 400, Hellwig Verträge S. 300, Anspruch S. 14 f., als Ausfluß eines umfassenderen Rechtes, des Liberationsrechtes.

41) Planck II Erl. 3 a zu § 478 S. 259, Eck § 75 S. 457 (Vorbereitungsheft).

42) R. Fischer S. 64.

sei, in Wahrheit liege hier nur eine Befristung der Einrede durch den Termin des Abschlusses der Anspruchsverjährung vor. Aus § 478 gehe hervor, daß an und für sich die Geltendmachung der Einrede nicht ständig nach der Verjährung des Anspruches gewährt, sondern vielmehr an eine Frist gebunden sei, und daß nur durch bestimmte Handlungen des Käufers die Einrede zu einer selbständigen gemacht werde[43]). Diese Ansicht, daß die Beschränkung der unselbständigen Wandelungseinrede keine Verjährung, sondern eine Befristung sei, hätte schon die erste Kommission gehabt[44]). — Es stehe fest, daß Einreden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ständig geltend gemacht werden können, unverjährbar seien. Davon seien scheinbare Ausnahmen die oben gekennzeichneten Einreden, die als unselbständige, derivative Einreden denselben Gegenstand wie die ihnen entsprechenden Ansprüche haben. Diese seien einer Befristung unterworfen, deren Endpunkt der Ablauf der Anspruchsverjährung sei[45]).

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen ist bei Annahme der Theorie von R. Fischer festzustellen: In dem § 478 ist dem Käufer eine allgemeine Wandelungseinrede gegeben. Dieselbe ist als eine unselbständige derivative Einrede, an eine Frist gebunden, die an sich mit der Vollendung der Anspruchsverjährung beendet ist. § 478 statuiert hier aber einen Ausnahmefall, indem er bestimmt, daß unter gewissen Voraussetzungen diese befristete Einrede zu einer ständigen wird.

Es entsteht nun die Frage, ob durch die Geltendmachung dieser Einrede die Wandelung vollzogen wird.

Begehrt der Käufer die Wandelung im Wege der Einrede, so kann, vom Standpunkte der Vertragstheorie aus, der Verkäufer sie auch dadurch zur Vollziehung bringen, daß er sich mit ihr einverstanden erklärt. Denn auch auf diesem Wege kommt mit dem in der Einrede zum Ausdrucke gebrachten Wandelungsverlangen des Käufers und mit der darauf erfolgten Zustimmungserklärung des Verkäufers der Wandelungsvertrag im

---

43) R. Fischer S. 66. 44) Protokolle I S. 779 ff.
45) R. Fischer S. 67.

Sinne des § 465 zustande. Der Verkäufer kann alsdann den so erlangten Anspruch auf Rückgewähr des seinerseits Geleisteten, entweder in dem Rechtsstreite über die Kaufpreisforderung, oder auch mittelst einer besonderen Klage geltend machen[46]).

Es entsteht nun weiterhin die Frage, ob auch dem Urteil, welches infolge der Einrede des Käufers die Klage des Verkäufers abweist, die Wirkung einer Vollziehung der Wandelung beizulegen ist.

Nach einer früher von Oertmann[47]) vertretenen Ansicht müsse, wenn die Wandelung ein Vertrag sei, ein solcher auch dann zustande kommen, wenn der Anspruch auf Wandelung im Wege der Einrede geltend gemacht werde. Damit würde der Käufer also Wandelung und somit Abweisung der Klage erzielen. „Der Käufer erheische bei Geltendmachung der ädilicischen Ansprüche in der Defensive, per exceptionem, die richterliche Ergänzung der Einwilligung des Verkäufers in die entsprechende Modifikation des Kaufgeschäftes. Daneben betreibe er hier aber nicht Rückerlangung, sondern Rückbehaltung des, je nachdem, ganzen oder teilweisen Kaufpreises."

Später hat Oertmann diesen Standpunkt verlassen, indem er selbst die Gründe anführt, welche gegen ihn sprechen[48]): „Mit der Geltendmachung der Wandelung in der Defensive, per exceptionem, erziele der Käufer freilich wohl nicht die richterliche Ergänzung der Einwilligung des Verkäufers in die entsprechende Umgestaltung des Geschäfts, sondern wohl nur Rückbehaltung, nicht Rückerlangung des, je nachdem, ganzen oder teilweisen Kaufpreises. Denn zum Zustandekommen der Wandelung bedürfe es der Einwilligung des Verkäufers. Auf diese könne zwar der Käufer klagen und eine Ergänzung der fehlenden gemäß § 894 C.P.O. durch (rechtskräftiges) Urteil herbeiführen, aber eine bloße Einrede, als welche nur die Abwehr eines gegnerischen Klagebegehrens bedeutet, sei zur Herstellung einer der-

46) Planck II Erl. 3a zu § 478 S. 259, vgl. Erl. 2f. zu § 467 S. 252, Kipp in Windscheid II § 395 I 3a S. 703f.

47) Oertmann (Erste Aufl. 1899) Kom. 3b zu § 462.

48) Oertmann (Zweite Aufl. 1906) Kom. 3b zu § 462 S. 372.

artigen Willensergänzung ungeeignet. Das in Rechtskraft übergehende Urteil beschränke sich nach § 322 C.P.O. auf den durch die Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch. Es bedürfe also, um die Wandelung durch Richterspruch herbeiführen zu lassen, seitens des beklagten Käufers einer Widerklage." —

Auch Stratmann bringt die Möglichkeit einer Widerklage in Vorschlag und bemerkt, daß der Käufer auf diesem Wege auch gemäß § 467 Ersatz der Vertragskosten erlangen würde [49]).

Die Gegner der Vertragskonstruktion finden in der Bestimmung des § 478 eine Bestätigung ihrer Lehre, sie heben es als einen Vorzug ihrer Konstruktion hervor, daß in ihrem Sinne durch die Geltendmachung der Einrede die Wandelung vollzogen werde. „Habe der Käufer ohne Durchführung seines angeblichen Anspruches auf Vertragsschluß die exceptio redhibitoria, so habe er diese gewiß erst recht vor Ablauf der Verjährung besessen, habe er aber die exceptio, so habe er gewiß auch die actio, gerichtet nicht nur auf Unterlassung der Geltendmachung des Kaufgeldanspruches, sondern auf Liberierung von der Kaufgeldschuld" [50]). — „Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche vollzögen sich Wandelung und Minderung nicht nur durch einen Vertrag nach § 465, sondern, wie im bisherigen Rechte, auch durch Klage und Einrede" [51]).

Mit der Wandelungseinrede mache der Käufer das Recht auf Wandelung geltend. § 478 gebe dem Käufer ein Verweigerungsrecht. Habe nun der Käufer die Einrede der Wandelung erhoben, und die rechtskräftige Verurteilung des Verkäufers erzielt, so müsse eine Änderung der Wahl ausgeschlossen sein, und es müsse ihn die Rückleistungspflicht bezüglich der empfangenen Kaufsache treffen, kurz, die Wandelung müsse dadurch ebenso vollzogen sein, wie durch Vertrag [52]). — Auch Kipp findet, daß,

---

49) Stratmann S. 36 u. Anm. 3. Vgl. Entsch. d. Reichsger. Bd. 25 S. 307.

50) Haymann S. 544.

51) Matthiaß bürg. Recht. § 106 S. 500.

52) Matthiaß D.J.Z. S. 208, Eccius S. 321 und 330 f., Staub Anm. 46 zu § 377 S. 1359. Richtig bemerkt dagegen Lobe

wenn der Verkäufer auf Grund der Wandelungseinrede abgewiesen sei, der Käufer die Rückgewährpflichten wie nach vollzogener Wandelung habe. „Im übrigen stehe die Einrede neben dem Anspruche hier in ähnlicher Weise wie die der §§ 821, 853, und so wenig jene Einreden den Anspruch auf Aufhebung des gegen den Einredeberechtigten gerichteten Anspruches mittels eines Erlaßvertrages (zu welchem der Gegner verpflichtet ist) ungereimt erscheinen lassen, so wenig könne Wandelungs- und Minderungseinrede den Anspruch auf Wandelung oder Mindeerug in dem hier vertretenen Sinne als unmöglich erscheinen lassen“ [11]).

Allein durch die Wandelungseinrede wird die Wandelung nicht vollzogen.

Wie schon erwähnt stellt sich das Leistungsverweigerungsrecht des Käufers im § 478 als eine „wahre Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches“ § 202 dar, und zwar als ein peremptorisches Recht eine geschuldete Leistung zu verweigern. Hieraus folgt, daß es unmöglich ist den Kaufvertrag mit einer Einrede im Sinne der Wandelung aufzuheben. Eine solche Wirkung wird von der Wandelungseinrede auch garnicht geltend gemacht. — Die Aufgabe der Einrede ist es, „Tatsachen zur Entkräftung der Klagetatsachen herbeizuführen“ [54]). Die Einrede soll lediglich dazu dienen, geltend gemachte Rechte abzuwehren, nicht selbst Rechte begründen. Eine Einrede will nicht die Aufhebung des Geschäfts durchführen, denn sie wirkt nicht aktiv zerstörend und richtet sich nicht auf das ganze Rechtsgeschäft in allen seinen Beziehungen, sondern sie wirkt passiv paralysierend [55]) und richtet sich nur gegen einen Anspruch aus dem Geschäft. Ein „Anspruch“ ist gemäß § 194 „das Recht von einem Andern ein Tun oder ein Unterlassen“, also eine Leistung „zu verlangen“. Die Einrede ist „das Recht eine Leistung zu

S. 115, daß das abweisende Urteil nicht Rechtskraft für die Begründung der Abweisung bewirke, daß die Wandelung gerechtfertigt sei.

53) Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 703 f.

54) Dernburg Pand. II § 137 2 S. 323.

55) Flechtheim in Gruchot S. 83 f., Stratmann S. 36.

verweigern". — Die Wirkung einer Einrede ist so beschränkt, daß sie nicht einmal die vollständige Beseitigung des Anspruchs erreicht[56]). „Das abweisende Urteil bringt ihn auch nicht zum Untergange, da jede Abweisung in ihrer Wirkung durch die Abweisungsgründe bestimmt wird und diese nicht das Nichtbestehen des Anspruchs, sondern umgekehrt das Bestehen des Anspruchs und Behaftetsein mit der Einrede konstatieren. Alle auf die peremptorischen Einreden bezüglichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 813, 886, 1169, 1254) zielen allerdings lediglich darauf ab, dieses Fortbestehen unschädlich zu machen und den Anspruch praktisch dem Nichts gleichzustellen"[57]). — § 322 C.P.O. bestimmt, daß „Urteile nur insoweit der Rechtskraft fähig sind, als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist." Dagegen umfaßt die Rechtskraft des Urteils nicht die durch Einrede geltend gemachten Gegenrechte wie Wandelung oder Minderung[3]). Entscheidungen über Einreden entbehren der Rechtskraft, eine Vollziehung der einredeweise begehrten Wandelung durch rechtskräftiges Urteil ist nicht möglich[58]).

Die einzige Einwirkung der Einrede ist die, daß sie dem gegnerischen Anspruch seine Erzwingbarkeit nimmt. — Das Einrederecht charakterisiert sich als das Recht auf richterlichen Schutz gegen den Versuch der Erzwingung des Gläubigerrechts. Besitzt der Schuldner dies Recht, so hat er die Möglichkeit die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern[59]). — Auch die Wandelungseinrede kann nur den Anspruch des Verkäufers abwehren, keineswegs das Kaufgeschäft aufheben. Durch die Wandelungs-

---

56) O. Fischer in Fischer-Henle § 202 Note 6 S. 110, vgl. dagegen Hellwig Anspruch S. 9 ff.

57) O. Fischer c. l., Thiele S. 419.

58) Planck II Erl. 3a zu § 478 S. 260, Neumann Kom. 6 zu § 465 S. 224, Kloß S. 291, Lobe S. 115, Endemann § 161 1b Anm. 15, der empfiehlt: „Bei strenger Durchführung der Vertragslehre würde man, damit ein endgültiges Urteil zustande kommt, mit der Einrede zugleich den Antrag auf Abschluß des Wandelungsvertrages verbinden müssen.

59) Kaulbach S. 26.

einrede des § 478 wird die Wandelung nicht vollzogen, eine Vollziehung der Wandelung im Wege der Einrede ist überhaupt unmöglich. — Aus der Tatsache, daß der Verkäufer infolge der Einrede des Käufers mit seiner Kaufpreisklage abgewiesen wird, kann man nicht, „einen Schritt weitergehend“ [60]) den Schluß ziehen, daß mit diesem abweisenden Urteil ipso jure auch die Wandelung vollzogen sei [61]). Man kann nicht die Funktion des Wandelungsanspruches auf die Wandelungseinrede übertragen. „Die Einrede hat eine andere Rechtsnatur als der korrespondierende Anspruch, sie beruht auf ihm, aber beider Tragweite ist völlig verschieden“ [62]).

Die Folgerungen der Wandelungseinrede bieten eine weitere Schwierigkeit.

Bei der Beratung des Gesetzes hielt die zweite Kommission das Bestehen der Wandelungseinrede als etwas ganz Selbstverständliches. Die schließlich unterlegenen Gegner der Anspruchskonstruktion führten damals aus: „Die einredeweise Geltendmachung der Wandelung werde der Rechtsprechung Schwierigkeiten bereiten. Insbesondere ergebe sich die Frage, wie zu tenorieren sei, wenn die vom beklagten Käufer im Wege der Einrede geltend gemachte Wandelung für gerechtfertigt erachtet, bezw. vom Kläger anerkannt werde. Zu einem unbilligen Ergebnis würde es führen, wenn man in diesem Falle den Kläger mit der Klage abwiese, und es ihm überließe, den bereits übergebenen Kaufgegenstand im Wege der Kondiktion zurückzufordern“ [63]). — Die Mehrheit teilte diese Bedenken nicht und wies darauf hin, daß auch die im § 5 des Gesetzes vom 21. Juli

---

60) So Leistner S. 42.

61) Kloß S. 291, Planck II Erl. 3a zu § 478 S. 260, Neumann Kom. 6 zu § 465 S. 224, Flechtheim in Gruchot S. 83 und 91 Anm. 53, Thiele S. 419, R. Fischer S. 44, Kaulbach c. l., Aschheim S. 37, Stratmann S. 36. Auch gemäß Entscheidung d. Reichsger. Bd. 17 S. 306 ist es unzulässig, daß die Auflösung eines Vertrages im Wege der Einrede herbeigeführt werde, ohne daß der Vertrag ausdrücklich durch Urteil für aufgelöst erklärt wird.

62) Kaulbach S. 27.

63) Protokolle II Bd. 1 S. 679 f.

1879 anerkannte Anfechtungseinrede keineswegs zu Unzuträglichkeiten geführt habe [64]).

Allein jene Bedenken waren nicht unbegründet. — Man muß unterscheiden zwischen dem „Wandelungseinwand", der den geschlossenen Wandelungsvertrag voraussetzt, und der „Wandelungseinrede", die dann gegeben ist, wenn nur ein Anspruch auf den Abschluß dieses Vertrages besteht [65]). Klagt nach vollzogener Wandelung der Verkäufer gegen den Käufer auf Zahlung des Kaufpreises, so kann dieser Klage gegenüber der Wandelungseinwand geltend gemacht werden. Dieser begründet die Abweisung der Klage des Verkäufers auch dann, wenn die Kaufsache noch im Besitze des Käufers ist. Denn, da der Anspruch des Verkäufers sich auf den Kaufvertrag stützte, dieser aber mit Vollziehung der Wandelung aufgehoben ist, wird auch der Anspruch des Verkäufers hinfällig [66]). Die Rechtslage des Verkäufers ist dann insofern eine ungünstige, als das auf seine Kaufpreisklage gegen ihn ergangene abweisende Urteil für den Käufer keine Pflicht zur Rückgabe der Kaufsache begründet [67]).

Flechtheim [68]) sucht den Verkäufer besser zu stellen, indem er eine Rückleistungspflicht des Käufers folgendermaßen konstruiert: Wenn nur der Verkäufer geleistet habe, so sei durch die Wandelung nur eine Rückleistungspflicht des Käufers begründet. Das Erlöschen der Kaufpreisforderung des Verkäufers aber schaffe die Gegenseitigkeit. Nun stehe das Erlöschen der Kaufpreisforderung zu der Rückgabe der Sache in demselben Abhängigkeitsverhältnisse, wie sonst beim beiderseits erfüllten Vertrage die auszutauschenden Rückleistungen. „Verlange daher in solchem Falle der Käufer vom Verkäufer die Wandelung, so sei dieses Begehren als ein doppeltes, wenn auch untrennbares Verlangen anzusehen: der Verkäufer solle in die Wandelung ein-

64) Protokolle II Bd. 1 S. 681.

65) Flechtheim in Gruchot S. 78. Der Wandelungseinwand ist nur in prozessualem Sinne eine Einrede.

66) Kaulbach S. 41, vgl. Planck II Erl. 3a zu § 478 S. 259.

67) Vgl. Mensing S. 62.

68) Flechtheim in Gruchot S. 79f.

willigen und dadurch gleichzeitig seine Kaufpreisforderung erlassen". Der Verkäufer brauche deshalb nicht in die Wandelung einzuwilligen, wenn ihm nicht schon mit dem Verlangen der Wandelung die Rückgabe der Sache angeboten würde. „Diese materiell befriedigende Interessenvermittelung führe auch in ihrer prozessualen Erledigung zu keinerlei Unzuträglichkeiten. Klage der besitzende Käufer gegen den Verkäufer auf Wandelung, so könne dieser verlangen, daß der Kläger ihm die Sache anbiete. Geschehe dies dann nicht, so werde der Verkäufer verurteilt in die Wandelung Zug um Zug gegen Rückgabe der Sache einzuwilligen (§§ 348, 322 B.G.B.)"[69]).

Hier wird aber „Verpflichtung zum Abschluß des Wandelungsvertrages" mit den Verpflichtungen aus dem Wandelungsvertrage," die erst eine Folge des Wandelungsvertrages sind, verwechselt. Nach § 467 und dem dort angezogenen § 348 des Rücktrittsrechts sowie dem allgemeinen Prinzip der gegenseitigen Verträge, sind nur die Verpflichtungen, die sich aus diesem Verhältnisse erst ergeben, gegenseitige[70]). Wenn nach Flechtheim der Verkäufer nur gegen Rückgabe der Sache verpflichtet sein soll in die Wandelung zu willigen, so würde er damit schon vor der Wandelung einen Anspruch erheben, den er erst aus der vollzogenen Wandelung hat. Seine Verpflichtung zum Abschluß des Wandelungsvertrages beruht aber nur auf dem Vorhandensein von Mängeln[71]). — Allein hier bleibt dem Verkäufer ja immer noch die Klage aus der vollzogenen Wandelung. — Auf Grund dieses Vertragsverhältnisses entsteht auch für den Käufer eine Verpflichtung zur Rückgabe der vom Verkäufer empfangenen Leistung. Wirklich schlecht ist der Verkäufer erst dadurch gestellt, daß er auch im Falle der Wandelungseinrede mit der Kaufpreisklage abgewiesen werden muß, ohne daß der Käufer durch das abweisende Erkenntnis zur Rückgewähr der Kaufsache verpflichtet würde[72]). — „Für den Rückforderungsanspruch des Verkäufers

---

69) **Flechtheim in Gruchot** S. 80.

70) **Matthiaß** D.J.Z. S. 207. 71) **Kaulbach** S. 42.

72) Flechtheim in Gruchot S. 83, Oertmann D. Recht. 2 S. 32, R. Fischer S. 44, Kaulbach S. 43. Vgl. Protokolle II Bd. 1 S. 679.

ist damit noch kein Rechtsgrund geschaffen, er muß, so scheint es, fortan Kaufpreis und Ware entbehren, ja, der Käufer wird ihn, da sein Wahlrecht noch nicht verloren ist, mangels vollzogener Wandelung auf das Schlimmste vexieren können, — seiner Rückforderungsklage entgegnet er, sich jetzt für Minderung entscheiden zu wollen, und der demnächstigen Klage auf den geminderten Kaufpreis setzt er den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen" [73]). — Denn, wie oben dargetan, kann durch die Geltendmachung der Wandelungseinrede auf prozessualem Wege die Wandelung nicht vollzogen werden, und was den Vorschlag anbetrifft, daß der Verkäufer „auch die einredeweise verlangte Wandelung, indem er sich mit ihr einverstanden erklärt, zur Vollziehung bringen und sodann den dadurch erlangten Anspruch auf Rückgewähr geltend machen könne" [74]), so steht dem entgegen, daß die Einrede keinen Vertragsantrag enthält, daß dem Käufer ja schon damit gedient ist, daß infolge der Einrede die Klage des Verkäufers abgewiesen wird [75]).

Demnach bleibt dem Verkäufer nur übrig auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung des Käufers von diesem die Rückgabe der Kaufsache zu verlangen. Dieser Klageanspruch muß ihm gewährt werden, da der Käufer ja ohne rechtlichen Grund besitzt (§§ 812 B.G.B.) [76]). — Wenngleich nun zugegeben werden muß, daß dies Ergebnis nicht vollgenügend ist, indem die erfolgreiche Vorschützung der Wandelungseinrede nicht die Wirkung der vollzogenen Wandelung hat, sondern es noch an einer wirklichen oder durch Urteil im Sinne von § 894 C.P.O. durch Fiktion ersetzten Willensübereinstimmung beider Teile fehlt, und daß infolgedessen kein Rechtsgrund für einen Rückforderungsan-

---

73) Oertmann D. Recht. 2 c. 1.; vgl. Eck § 75 S. 449, der ebenfalls konstatiert, daß die Anspruchskonstruktion den Mangel habe, daß der Käufer seinen unumschränkten Anspruch des römischen Rechts mißbrauchen kann.

74) Planck II Erl. 3 a zu § 478 S. 259.

75) Stratmann S. 36, Kaulbach S. 44, Flechtheim in Gruchot S. 83.

76) Kaulbach S. 45, Stratmann S. 38, Mensing S. 62.

spruch des Verkäufers geschaffen ist, so kann man aus diesen Erwägungen doch keinen ausschließlichen Vorwurf gegen die Vertragstheorie erheben, denn dieselben Nachteile erscheinen im Gefolge der Restitutionstheorie. Die Erhebung und Durchführung der Wandelungseinrede läßt auch in ihrem Sinne die Wandelung nicht vollzogen werden.

Um die Lage des Verkäufers günstiger zu gestalten und das „unerträgliche, an die Fangschlüsse der alten Sophisten erinnernde Ergebnis“ [77]) selbst auf die Gefahr einer etwas gewaltsamen Begründung hin günstiger zu gestalten, nimmt Oertmann den schon oben erwähnten Vorschlag von Planck auf. „Der Käufer habe, indem er die rechtskräftige Abwehrung des Kaufpreisanspruchs durchsetzte, auf Grund des ihm zustehenden Wandelungsrechtes, auf Kosten des Verkäufers einen unentziehbaren Vermögensvorteil praktisch erzielt. Es würde Treu und Glauben in das Gesicht schlagen, wenn er nunmehr seine bisher nicht angenommene Wandelungsofferte noch widerrufen wollte. Folglich stehe es fortan jederzeit in dem Belieben des Verkäufers durch Einwilligung in das jetzt unwiderruflich gewordene Wandelungsbegehren den Kauf zu beseitigen und damit seinem Rückforderungsanspruch freie Bahn zu schaffen“ [78]).

§ 23.

Die Verjährung des Wandelungsanspruches.

Bei der Beratung in der zweiten Kommission standen sich zwei Ansichten gegenüber.

Nach der einen Ansicht sollten durch den Mangel der Kaufsache nicht sowohl neue Ansprüche des Käufers geschaffen werden, als vielmehr seine aus dem Kaufgeschäft an sich entstandenen Verpflichtungen herabgemindert werden. (Die Mängelhaftung bedeutet eine materielle Abschwächung derjenigen Gebundenheit,

77) Oertmann D. Recht. 2 S. 32.
78) Oertmann c. l.

welche für den Käufer mit dem Abschluß des Kaufvertrages herbeigeführt wird)[1]. Nach dieser Auffassung würde die Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung gemindert, und außerdem stände dem Käufer wahlweise daneben das Recht zu, durch eine einseitige Rücktrittserklärung, gemäß den §§ 346 ff. B.G.B. sich von dieser Verpflichtung gänzlich zu befreien, so daß dann auch der Verkäufer den durch die Wandelungserklärung hergestellten Rechtszustand nunmehr auch seinerseits geltend machen könnte.

Nach der anderen, dem römischen Rechte entsprechenden Ansicht sollte die Verbindlichkeit des Käufers an sich voll zu Recht bestehen bleiben, man wollte ihm aber das Recht geben den Verkäufer anzuhalten in einen Vertrag zu willigen, welcher die Aufhebung des Kaufvertrages oder die Herabminderung des Kaufpreises zum Gegenstand hatte[2]. — Nach dieser Ansicht waren beide Gerechtsame als besondere, aus der Mangelhaftigkeit der Leistung des Verkäufers entspringende Ansprüche, als subjektive Rechte des Käufers aufzustellen. Namentlich waren es die Betrachtungen, welche sich bei der Behandlung der Frage aufdrängten, ob man diese Rechte durch Verjährung beenden, oder einer Präklusivfrist unterwerfen sollte, welche der letzteren Ansicht zum Siege verhalfen.

Objekte der Präklusivfrist sind regelmäßig „Rechte", Objekte der Verjährung dagegen sind „Forderungen" im Bürgerlichen Gesetzbuch „Ansprüche". Es erschien nun den Mitgliedern der zweiten Kommission „eine bedenkliche Neuerung", die Wandelungs- und Minderungsfrist als eine Präklusivfrist zu gestalten, da dann die Vorschriften über die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung nicht hätten Anwendung finden können. Da aber eine Verjährung des „Rechts" auf Wandelung und Minderung nicht statthaft erschien, — nur „Ansprüche" unterliegen gemäß § 194 B.G.B. der Verjährung[3]) — gestaltete man die Rechte des Käufers als „Ansprüche". — Die ädilicischen Rechtsmittel sind in dem Bürgerlichen Gesetzbuch also keiner Aus-

1) Protokolle II Bd. 1 S. 677.

2) vgl. Oertmann Kom. 2 zu § 462 S. 371 f.

3) Mit Ausnahme der besonders im Gesetze genannten Fälle.

schlußfrist unterworfen, sondern unterliegen als wahre Ansprüche der Verjährung, und zwar gemäß § 477 B.G.B. einer besonders kurzen Verjährung[4]).

Vom Standpunkte der Gegner aus unterliegen der Verjährung nur die Ansprüche auf Wandelung und Minderung in ihrem Sinne, nämlich die Ansprüche auf gänzliche, bezw. teilweise Rückgewähr des Kaufpreises, wenn der Käufer seinerseits bereits geleistet hat, anderenfalls der Anspruch auf gänzliche oder teilweise Befreiung von der durch den Kaufvertrag entstandenen Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises, auf das Unterlassen jeder Forderung[5]). — Die Anwendung der Vorschriften über die Verjährung auf die im Sinne der Vertragstheorie vollzogene Wandelung führt zu einer Folgerung, welche Matthiaß als „eine sehr unerwünschte Folge der Vertragstheorie" bezeichnet[6]). „„Der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung, sowie der Anspruch auf Schadensersatz verjähre,"" gemäß § 477, Satz 1 B.G.B., „„sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Übergabe an."" „Da nun aber," fährt Matthiaß fort, „die Vertragstheorie scharf unterscheide zwischen dem „„Anspruch auf Wandelung"" und den „„Ansprüchen aus der Wandelung,"" und die Vorschriften des § 477 Satz 1 nur den „„Anspruch auf Wandelung"" beträfen, so gelten sie nur für den Anspruch auf den Abschluß des Wandelungsvertrages. Für die „„Ansprüche aus der Wandelung"" seien somit die Vorschriften des § 477 Satz 1 nicht anwendbar. Diese unterlägen vielmehr der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung gemäß § 195 B.G.B. Der dreißigjährigen Verjährung unterliege auch der „„Anspruch auf Wandelung"" im Falle der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen habe."

Diese Folgerung ist durchaus richtig und spricht für die

---

4) Vgl. zu Obigem R. Fischer S. 40 f.

5) So Neumann Kom. II zu § 477 S. 227, Matthiaß D. J. Z. S. 208.

6) Matthiaß c. l.

Vertragstheorie. „Die Verjährungsvorschriften der §§ 477, 478 beziehen sich allerdings nur auf den Anspruch auf die Zustimmungserklärung des Verkäufers, nicht auf den Rückgewähranspruch des Käufers, der den Kaufpreis gezahlt hat und ihn auf Grund der Wandelung zurückfordert, ebensowenig auf den Anspruch des Käufers auf teilweise Rückleistung des gezahlten Kaufpreises auf Grund der Minderung“ [7]). — Auf die einzelnen aus der vollzogenen Wandelung oder Minderung entstandenen Ansprüche bezieht sich § 477 überhaupt nicht, sondern nur auf die Ansprüche auf die Vollziehung der Wandelung und Minderung [8]). „Denn, wäre der Wandelungsanspruch demjenigen auf Rückgewähr identisch, und wäre er demgemäß der in § 477 angeordneten kurzen Verjährung unterworfen, so würde der Anspruch des Käufers auf Rückgewähr schneller verjähren als der entsprechende des Verkäufers. Denn dieser hat ja keinen Wandelungsanspruch, sondern nur auf Grund der vollzogenen Wandelung einen gewöhnlichen Rückgewähranspruch, der nicht unter die Bestimmung des § 477 fällt.“ — Will man dem ausweichen mit der Behauptung, der Rückgewähranspruch des Verkäufers komme erst dadurch zur Entstehung, daß er seinerseits das Empfangene zurückgewähre, so führt dies offenbar zur Annahme einer Vorleistungspflicht des Verkäufers, was gegen das in den §§ 467, 348 angeordnete Erfüllungsverhältnis „Zug um Zug“ verstieße [9]).

7) Kipp in Windscheid II § 395 3 a S. 704.

8) Oertmann Kom. 7 zu § 477 S. 399, Planck II Erl. 1 a zu § 477 S. 257, Kloß S. 306; vgl. Eccius S. 342. Eck § 75 S. 456 bemerkt hierzu: „Wenn die Vollziehung der Wandelung oder Minderung durch einen Vertrag erfolgt ist, so liegt darin eine gewisse Novation, von der ab die ordentliche Verjährungsfrist 30 Jahre läuft. Auch Neumann, Kom. II zu § 477 S. 228, erkennt für den Rückgewähranspruch eine dreißigjährige Verjährung nur dann an, „wenn dieser Anspruch nach der Absicht der Parteien durch die Vollziehung wie durch eine Novation selbstständig festgestellt ist; andernfalls würde die Klage oder die Anerkennung des Anspruchs durch den Schuldner lediglich eine Unterbrechung der Verjährung bedeuten, nach deren Beendigung die ursprüngliche Verjährungsfrist von Neuem zu laufen hätte (§§ 208, 209, 217)“.

9) Oertmann Kom. 1 b α β zu § 465 S. 379.

Im § 447 Satz 1 ist für den Anspruch auf Wandelung eine kurze Verjährungsfrist gestellt in der Erwägung, daß es nach längerer Zeit schwer, oft unmöglich sein würde, festzustellen, ob die Mängel schon zur Zeit des Überganges der Gefahr auf den Käufer (§ 459 B.G.B.) vorhanden gewesen seien, und daß ein Zurückgreifen auf die Mängel nach längerer Zeit für den Verkehr erhebliche Störungen zur Folge haben könnte[10]. Es sollte dadurch einerseits der Nachweis etwaiger Mängel erleichtert, andrerseits aber auch die Verteidigung des Käufers nicht erschwert werden. Für den „Anspruch auf Wandelung" ist die Feststellung des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins von Mängeln von maßgebender grundlegender Bedeutung. — Für die Geltendmachung der „Ansprüche aus der Wandelung" jedoch kommt es lediglich in Frage, ob ein Wandelungsvertrag formell gültig abgeschlossen ist oder nicht. Für die Verjährung des „Anspruchs aus der Wandelung" fallen jene Motive fort, welche zur Begründung einer kurzen Verjährungsfrist für den „Anspruch" auf „Wandelung" geführt haben, für ihn gilt berechtigterweise die dreißigjährige Verjährung gemäß § 195 B.G.B.[11]).

In der Praxis werden beide Ansprüche allerdings wohl nur gleichzeitig, in Verbindung miteinander geltend gemacht werden.

§ 24.

Verzug und Aufrechnung.

Die Gegner machen der Vertragskonstruktion den Vorwurf, daß sie zu der Folgerung führe, daß der Verkäufer mit seiner Leistung nicht in Verzug geraten könne. — Die Voraussetzung des Verzuges sei gemäß § 284 B.G.B. „eine nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgte Mahnung des Gläubigers". Die Fällig-

---

10) Protokolle II Bd. 1 S. 676, so auch Eck § 75 S. 456 (Vorbereitungsheft).

11) Kaulbach S. 46, Beith S. 22, Eck c l.: „Die ratio der kurzen Verjährung, es sollte die richtige Feststellung des behaupteten Mangels gesichert werden, geht auch nur auf den „Anspruch auf Wandelung".

keit des Anspruches auf Einverständniserklärung trete mit dem Augenblick ein, in welchem nach § 146 B.G.B. die Annahme des Antrages zu erfolgen hätte. Erfolge die Annahme nicht (unter Anwesenden sofort, unter Abwesenden bis zu dem Zeitpunkte, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, § 147 B.G.B.), so erlösche der Antrag [1]). Da die Leistung unmöglich wurde, sei eine Mahnung undenkbar. Damit fehle eine Voraussetzung des Verzuges. — Dasselbe Resultat trete ein, wenn für die Annahme des Wandelungsbegehrens eine kalendermäßige Frist aufgestellt sei. Leiste der Schuldner nicht zur bestimmten Zeit, so komme er ohne Mahnung in Verzug (§ 284 Abs. 2 B.G.B.). In demselben Zeitpunkte erlösche der Antrag gemäß §§ 148, 146 B.G.B., und damit werde wieder die Leistung (Annahme der Offerte) unmöglich [2]).

Das Wandelungsbegehren enthält einen Vertragsantrag, und somit kommen allerdings die Bestimmungen über Verträge, §§ 145 ff. B.G.B., hier zur Anwendung. — Wie aber schon gelegentlich der Besprechung der Anwendung dieser Bestimmungen auf die im Sinne der Vertragskonstruktion erfolgte Wandelung eingehend oben [3]) dargetan, ist der reine Vertragscharakter der Wandelung insofern modifiziert, als sie einen gesetzlich notwendigen Vertrag darstellt. Der Verkäufer ist zur Annahme der Wandelungsofferte gesetzlich verpflichtet [4]). — „Für die Frage, wie lange der Offerent gebunden bleibe, ist in erster Linie der Willen des Offerenten entscheidend,“ und „in dem Verlangen der Wandelung muß regelmäßig der Wille gefunden werden, noch länger, als durch das Gesetz die Gebundenheit reicht, bis zum Widerrufe an den Vertragsantrag gebunden zu sein,“ äußern sich die Protokolle [5]). Es ist bei der rein dispositiven

---

1) Eccius S. 323.

2) Lobe S. 109 ff., Thiele S. 408, Beith S. 21.

3) Vgl. § 12 S. 62, § 19 S. 90 f., § 20 S. 98.

4) Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 VI und Anm. 20 S. 75, Endemann 7. und 8. Aufl., § 161 II 1 S. 721, Kloß S. 288 Anm.

5) Protokolle II Bd. 1 S. 710 f., Neumann Kom. 4 zu § 465 S. 224, Planck II Erl. 1 zu § 465 S. 250.

Bedeutung des § 146 nicht anzunehmen, daß das Wandelungsbegehren gegen den Willen des Käufers zum Erlöschen kommt [6]), dasselbe besteht vielmehr fort. In dem ersten Falle kann demnach die Annahme immer noch erfolgen, ebenso eine Mahnung, und damit ist die Möglichkeit des Verzuges gegeben.

Auch im zweiten Falle besteht das Wandelungsbegehren des Käufers auch noch nach Ablauf der dem Verkäufer zur Annahme gestellten Frist weiter. Unter Umständen so lange, bis der Käufer von seinem jus variandi Gebrauch macht. Nimmt der Verkäufer nicht innerhalb der ihm gestellten Frist den Antrag des Käufers an, so gerät er, hier auch ohne Mahnung, in Verzug. Nimmt der Verkäufer nach Ablauf der Frist, verspätet, den Antrag des Käufers an, so gilt nach § 150 B.G.B. „die verspätete Annahme als neuer Antrag". Es kommt dann in diesem Falle, wie auch im Falle des § 466, der Wandelungsvertrag dadurch zustande, daß der Verkäufer die Offerte macht und der Käufer sie annimmt [7]).

Eine weitere, gegen die Vertragskonstruktion sprechende Folgerung, behaupten die Gegner, ergebe sich, wenn der Wandelungsanspruch auf den Abschluß eines diesbezüglichen Vertrages gerichtet sei und die Restitutionsansprüche erst mit diesem Vertrage entständen. — Zunächst könne der Verkäufer mit seiner ihm nach § 467 obliegenden Pflicht zur Rückgewähr des Kaufpreises, Zinsen u.s.w. erst nach Abschluß dieses Aufhebungsvertrages, respektive nach der rechtskräftigen Verurteilung nach § 465 in Verzug, da erst hiermit die Wandelung vollzogen sei, vor dem wäre ein Anspruch des Käufers ja noch garnicht vorhanden [8]). Der Verkäufer könne mit der Verweigerung seiner Einverständniserklärung die Entscheidung des Restitutionsanspruches überhaupt verhindern. Von einem Verzuge zu dessen Erfüllung, der sein Vorhandensein und seine Fälligkeit voraussetze, könne dann keine Rede sein. Die Wichtigkeit dieser Frage zeige sich, wenn

6) Oertmann D. Recht. 1 S. 4.

7) Vgl. § 10 S. 56, § 19 S. 94.

8) Neumann Kom. II 1 a zu § 462 Seite 221, Lobe Seite 110, Thiele S. 410, Beith S. 21.

man die Haftpflicht für die Zeit vor dem Verzuge mit jener für die Zeit nach dem Verzuge vergleiche. Nach § 287 B.G.B. habe der Schuldner während des Verzuges jede Fahrlässigkeit und in der Regel auch den Zufall zu vertreten [9]).

Ferner sei es nach der Vertragstheorie dem Käufer unmöglich, vor Abschluß des Wandelungsvertrages mit seinem Anspruche auf Rückzahlung aufzurechnen. — „Denn da die Forderung erst mit dem Abschlusse des Aufhebungsvertrages entstehe, vorher noch nicht, oder höchstens als eine durch die Vollziehung der Wandelung gemäß § 465 bedingte Forderung bestehe, sei sie zur Aufrechnung ungeeignet. Dies erweise sich als besonders unpraktisch im Prozesse. Auch hier könne erst nach rechtskräftiger Verurteilung in die Einwilligung nach § 465 eine Aufrechnung mit der nunmehr erwachsenen Rückforderung des Kaufpreises erklärt und geltend gemacht werden" [10]). „Nur wenn der Kaufpreis schon bezahlt sei, gehe der Wandelungsanspruch auf eine Geldforderung. Eine Aufrechnung gegenüber der Kaufpreisforderung könne hier also nicht in Frage kommen. Einer anderen Geldforderung des Verkäufers gegenüber aber werde die Aufrechnung mit dem verjährten Wandelungsanspruch nach Analogie des § 479 auszuschließen sein, denn dessen Grundgedanke treffe hier zu, und die zu enge Fassung des Gesetzes hänge mit dem abweichenden Konstruktionsversuche der Kommission zusammen" [11]).

Gemäß § 284 B.G.B. ist für den Eintritt des Verzuges, wie gemäß § 387 B.G.B. für den Eintritt der Möglichkeit einer Aufrechnung die eingetretene Fälligkeit des Anspruches die wesentliche Voraussetzung. Ein weiteres Erfordernis ist bezüglich des Verzuges die erfolgte Mahnung des Gläubigers, bezüglich der Aufrechnung die Möglichkeit, daß der Gläubiger die ihm gebüh-

---

9) Lobe c. l.

10) Eccius S. 329, Enneccerus § 247 I 2 b S. 605, Ebert in Fischer-Henle Note 3 zu § 465 S. 232, Thiele S. 410, Beith S. 22 Lobe S. 110. Vgl. Planck II Erl. 1 d zu § 387 S. 169 u. Erl. 3 zu § 388 S. 171.

11) Enneccerus § 248 Anm. 2 S. 611.

rende Leistung fordern und der Schuldner die ihm obliegende Leistung bewirken kann. — Im vorliegenden Falle klagt allerdings der Käufer, da beide Klagen verbunden sind, schon vor der Fälligkeit seinen Anspruch auf Rückleistung ein. Denn die Fälligkeit dieses Anspruches tritt im außergerichtlichen Verfahren erst mit der erfolgten Zustimmungserklärung des Verkäufers, bei gerichtlicher Geltendmachung frühestens dann ein, wenn das gemäß § 894 C.P.O. ergangene Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Es können also tatsächlich erst von diesem Zeitpunkte an die Wirkungen des Verzuges gegen den Verkäufer geltend gemacht werden, sowie erst von diesem Zeitpunkte an eine Aufrechnung gegen eine Geldforderung des Verkäufers stattfinden [12].

Allein diese Folgerung der Vertragskonstruktion zeitigt nicht allzu schwerwiegende Bedenken. Bei dem Verzuge wird, da es sich zumeist wohl um eine Geldschuld handelt, ein späterer Eintritt des Verzuges nicht von erheblicher Bedeutung sein, auch die Hinausschiebung der Möglichkeit, aufzurechnen, wird nicht gar zu sehr ins Gewicht fallen, zumal in dem praktisch wichtigsten Falle der Aufrechnung, im Konkurse, gemäß § 54 der Konkursordnung auch die Aufrechnung einer, wie im vorliegenden Falle, nur bedingten Forderung möglich ist [13].

§ 25.

Mangel der Geschäftsfähigkeit beim Verkäufer.

Einen weiteren Einwand gegen eine Folgerung der Vertragskonstruktion erhebt schließlich Matthiaß in dem Falle einer beschränkten Geschäftsfähigkeit des Verkäufers. — Läge diese vor, so „versage der Anspruch auf Vertragsschluß und es entständen Weiterungen, die die Erledigung der Wandelung verzögerten" [1].

---

12) So auch Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 704.

13) Stratmann S. 33 f.

1) Matthiaß D.J.Z. S. 208.

Allein der Anspruch auf Abschluß des Wandelungsvertrages wird durch die mangelnde Geschäftsfähigkeit des Verkäufers nicht berührt. Nach den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches müßte in diesem Falle die Zustimmung des Verkäufers dann durch die seines gesetzlichen Vertreters ersetzt werden, oder das Verlangen auf Wandelung gleich gegen letzteren gerichtet werden.

§ 26.

VI. Schluß.

So war und ist denn, im alten, wie im neuen Rechte, die Frage, wann und wie die Wandelung vollzogen werde, Gegenstand lebhafter Kontroversen.

Für das römische Recht mußte diese Frage dahin beantwortet werden, daß nicht schon eine einseitige Erklärung des Käufers genüge, um den Kaufvertrag hinfällig zu machen, sondern daß bei klageweiser Geltendmachung der ädilicischen Ansprüche erst die litis contestatio die Bindung des Käufers an die einmal erklärte Wahl bewirkte. Erst dieser Prozeßvertrag mit novierender Wirkung begründete ein gegenseitiges Rechtsverhältnis, welches der Vertragsnatur der Ausgleichung der Folgen des mangelhaften Vertrages entsprach und das jus variandi des Käufers zum Erlöschen brachte.

Im gemeinen Rechte knüpften sich an die Klageerhebung keine derartigen Wirkungen. Hier schuf erst die Rechtskraft des Urteils die Bindung des Käufers an die einmal erklärte Wahl.

Im römischen Rechte wurde die Wandelung durch die litiscontestatio, im gemeinen Rechte durch das auf die Klage ergangene rechtskräftige Urteil vollzogen. In beiden Rechten war daneben eine außergerichtliche vertragsmäßige Einigung der Parteien möglich. In diesem Falle wurde das Wahlrecht des Käufers mit der erfolgten Zustimmungserklärung des Verkäufers zu dem Abschlusse des ihm von dem Käufer angebotenen Aufhebungsvertrages absorbiert und damit die Wandelung vollzogen. Gegenüber der klageweisen Geltendmachung bildete die Voll-

ziehung der Wandelung in der Form eines Vertrages im römischen wie im gemeinen Rechte nur den Ausnahmefall.

Ungleich heftiger noch als in dem alten Rechte ist unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches der Kampf der Meinungen entbrannt. — Rücktrittstheorie, Restitutionstheorie und Vertragstheorie ringen um die Anerkennung. Träger hervorragender Namen stehen in den Reihen der Kämpfer aller Parteien.

Wenngleich die Rücktrittstheorie vom rechtsphilosophischen Standpunkte die meisten Vorzüge aufweist, ist es außer Frage, daß sie im Gesetze keinen Platz hat, dieser Beweis dürfte in dem Vorstehenden zur Genüge erbracht sein. Restitutionstheorie wie Vertragstheorie dagegen können aus dem Gesetzestexte begründet werden, beide führen schwerwiegende Argumente ins Feld.

Wie die Protokolle zu dem Bürgerlichen Gesetzbuche unzweifelhaft ergeben und auch die Gegner der Vertragstheorie einräumen, ist von den Mitgliedern der Kommission zur Vornahme einer zweiten Lesung des Entwurfes die Vertragstheorie beabsichtigt und bei den Beratungen der Gestaltung des Gesetzestextes zu Grunde gelegt. Freilich würde diese Tatsache allein nicht zur Annahme der Vertragstheorie zwingen, wenn das Gesetz sie nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht hätte, denn nur der reine Gesetzestext, losgelöst von Vorarbeiten und Materialien, hat maßgebende Bedeutung. — Allein die Vertragstheorie ist auch in den Bestimmungen des Gesetzes zum Ausdruck gebracht. — Die Bestimmung des § 465 ist trotz der mannigfachsten Versuche nicht in einwandfreier Weise umzudeuten, sein Wortlaut ist nur durch die Vertragskonstruktion voll zu würdigen und nur auf ihrem Boden lassen sich die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes zwanglos zu einem Ganzen ineinanderfügen. Gewiß hätte § 465 eine noch klarere Fassung erhalten können, allein, wie seine Entwickelungsgeschichte lehrt, rührt seine nicht genügend präzise Ausdrucksweise daher, daß in ihm eine doppelte Bestimmung zum Ausdruck gebracht werden sollte, indem er einerseits die Art der Vollziehung der Wandelung regeln und andrerseits auch gleichzeitig den Zeitpunkt angeben sollte, in dem das jus variandi

des Käufers erlischt. Die Vertragskonstruktion ist und bleibt die Konstruktion des Gesetzes [1]), sie ist nicht nur von den gesetzgebenden Faktoren gewollt, sondern auch in dem Gesetze zum Ausdruck gebracht.

Nun glauben viele ihrer Gegner sie wegen der ihr angeblich anhaftenden Mängel und unerträglichen Folgerungen aus dem Gesetze hinweginterpretieren zu müssen. Wie aber in dem Vorstehenden dargetan ist, treffen die hauptsächlichsten Vorwürfe der Gegner keineswegs zu. Denn wenn, was vordem festgestellt ist, es zulässig ist, in einem Rechtsstreite über das Verlangen des Käufers auf Einwilligung in die Wandelung und über die Verwirklichung dieses Verlangens zu entscheiden, wenn, was gleichfalls festzustellen versucht ist, es möglich ist, den Verkäufer in einem Urteil vorläufig vollstreckbar zur Abgabe der Zustimmungserklärung und zur Rückgewähr zu verurteilen, dann trifft das Hauptargument der Gegner nicht zu, daß die Konsequenz der Vertragstheorie die Erfüllung der klägerischen Ansprüche ungebührlich hinausziehe und für die Praxis unerträglich sei.

Allerdings bleiben die der Vertragstheorie zum Vorwurf gemachten Schwierigkeiten bezüglich des Eintritts des Verzuges und der Möglichkeit, erst nach vollzogener Wandelung mit dem Anspruche auf Wandelung aufzurechnen, bestehen. Allein diese Vorwürfe wiegen nicht allzu schwer, der gesetzlichen Geltung der Vertragskonstruktion tuen sie keinen Abbruch, und zudem zeichnet sich die Restitutionstheorie durch keine größere Klarheit aus [2]). — Die eingehende Würdigung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes und der Vergleich einer namhaften Literatur haben zu dem Resultate geführt, daß die Vertragskonstruktion in dem Gesetze beabsichtigt und zum Ausdruck gebracht ist, sowie daß der von ihr gewiesene Weg ein gangbarer ist, wie auch Lobe zugibt [3]). Es bleibt nichts übrig, als die Vertragstheorie anzunehmen [4]).

1) Kipp in Windscheid II § 395 I 3 a S. 703.

2) So Oertmann Kom. 1 c γ zu § 465 S. 380.

3) Lobe S. 111.

4) Zu diesem Schlusse kommt auch Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 VI S. 75.

Nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches vollzieht sich demnach die Wandelung entweder außergerichtlich durch einen Vertrag derart, daß sich der Verkäufer auf das Verlangen des Käufers mit der Wandelung einverstanden erklärt, oder gerichtlich dadurch, daß der Käufer auf die Abgabe einer solchen Einverständniserklärung Klage erhebt und diese alsdann durch das rechtskräftige Urteil ersetzt wird.

Wenngleich jedoch § 465 als Regel den Fall aufstellt, daß die Wandelung dadurch vollzogen wird, daß sich der Verkäufer auf das Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt, daß der Käufer die Offerte macht und der Verkäufer sie annimmt, so soll hier in dem Gesetz jedoch keine zwingende Bestimmung gegeben sein. Die Einigung kann auch in anderer Weise erfolgen, im Falle des § 466, und bei Anwendung der Bestimmungen über Verträge, §§ 145 ff., ergeben sich Situationen, in denen der Verkäufer den Antrag stellt und der Käufer ihn annimmt. — Zum Zustandekommen des Wandelungsvertrages wird man eine jede Art der Einigung für hinreichend erachten müssen, nicht die Form ist das Maßgebende, das Wesentliche liegt in dem Zustandekommen eines Vertrages. — Auch wenn die Wandelung im Wege der Einrede geltend gemacht wird, und der Verkäufer das hierin liegende Wandelungsverlangen des Käufers als berechtigt anerkennt und annimmt, ist die Wandelung vollzogen. — Nicht immer ist eine ausdrückliche Einverständniserklärung erforderlich, auch ohne eine solche kann die Wandelung vollzogen werden, indem die unentbehrliche Annahme des Vertrages dann durch Annahmebetätigung, konkludente Handlungen u.s.w. erfolgt (§ 465 in Verb. mit § 151).

Zur Vollziehung der Wandelung genügt also die irgendwie zustande gekommene Einigung zwischen Käufer und Verkäufer.

Ebenso wie durch die auf das Verlangen des Käufers abgegebene Zustimmungserklärung des Verkäufers, wird naturgemäß die Wandelung, und dementsprechend die Minderung, auch dadurch vollzogen, daß das Wort in die Tat umgesetzt wird, also durch freiwillige Zahlung des Verkäufers, Aufrechnung, Zwangsvollstreckung und dergleichen. — Wird die Kaufpreis-

klage des Verkäufers infolge der Wandelungseinrede des Käufers durch rechtskräftiges Urteil abgewiesen, so wird dadurch die Wandelung nicht vollzogen. Zu diesem Zwecke wäre eine Widerklage des Käufers notwendig und es würde dann, wie sonst bei klageweiser Geltendmachung des Wandelungsanspruches, die Zustimmungserklärung des Verkäufers durch das Urteil ersetzt werden. Denn das in Rechtskraft übergehende Urteil beschränkt sich nur auf den durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch. — Die einzige Möglichkeit, die Wandelung zu vollziehen, ist in allen Fällen der Abschluß eines Wandelungsvertrages. — Daß die Vertragstheorie, im Gegensatz zu der Restitutionstheorie, den regelmäßigen Vollzug der Wandelung in das außergerichtliche Gebiet legt, und dadurch die Parteien mehr wie bisher auf eine friedliche Einigung verweist, muß als ein Vorzug betrachtet werden.

Es ist die Frage aufgeworfen, wie denn bei Annahme der Vertragstheorie der Klageantrag zu formulieren sei.

Da, wie nachgewiesen, eine Verbindung des Anspruchs des Käufers auf Abgabe der Zustimmungserklärung des Verkäufers mit dem Anspruche auf Rückgewähr prozessualisch statthaft ist, so müßte der Klageantrag in folgendem Sinne gefaßt sein:

> „Es wird beantragt den Beklagten zu verurteilen, sich mit der von dem Kläger verlangten Wandelung des Kaufvertrages einverstanden zu erklären und demgemäß an den Kläger den erhaltenen Kaufpreis gegen Rückgewähr der Kaufsache herauszugeben“ [5]).

Weitergehend ist nun Endemann der Ansicht, daß der zweite Teil dieses Antrages an sich schon genüge, und daß es keineswegs notwendig erscheine, daß ein besonderer Antrag auf Vertragsschluß gestellt werde. Ein förmlicher Vertrag werde nicht erfordert, es genüge, daß der Verkäufer irgendwie sich dem Wandelungs- oder Minderungsbegehren unterwerfe, und das geschehe auch durch Beugung unter den Urteilsspruch. Durch diesen

---

5) So Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 VI S. 75 Anm. 19, Endemann § 161 3 S. 995 u. Anm. 37 b.

werde die Einwilligung des Verkäufers in die Wandelung ersetzt und diese selbst durch Richterspruch unmittelbar vollzogen [6]).

Bei strengem Festhalten an der Vertragstheorie ist dieser Vorschlag aber unannehmbar. Er verstößt gegen den ermittelten Grundsatz der Vertragstheorie, daß unter allen Umständen das Zustandekommen eines Wandelungsvertrages zur Vollziehung der Wandelung unentbehrlich ist [7]). — Gemäß dem Vorschlage von Endemann wäre die Wandelung alsdann nicht durch Vertrag, sondern durch Richterspruch vollzogen. Das bedeutet ein Aufgeben der Vertragskonstruktion.

Oertmann ist der Ansicht, „daß eine derartige Klage möglicherweise dadurch zu retten sei, daß der Richter den Antrag auf Einwilligung als stillschweigend darin enthalten unterstellt und demgemäß an erster Stelle auf sie erkennt" [8]). Auf diesem Standpunkte scheint auch Eck zu stehen, wenn er sich äußert, daß bei der Wandelung, „da die Verurteilung des Verkäufers durch den Richter aus eigener Kraft den Kaufvertrag nichtig mache, dahin zu erkennen sei, daß der Kaufvertrag aufgehoben und der Beklagte schuldig sei, den Kaufpreis zurückzugeben" [9]). Ebenso erachtet das Oberlandesgericht zu Marienwerder einen ausdrücklichen Antrag auf die Zustimmung zur Wandelung oder Minderung nicht für erforderlich, „doch sei im Urteil die Einwilligung in die Wandelung oder Minderung auszusprechen" [10]).

Es ist ja freilich zuzugeben, daß ein derart gefaßtes Urteil die Vertragsnatur der Wandelung zum Ausdruck bringen und den unvollkommen gefaßten Klageantrag hierdurch nachträglich gewissermaßen richtigstellen würde.

Prinzipiell aber muß, festhaltend an der Vertragstheorie,

---

6) Endemann c. l.

7) Ebenso Oertmann Kom. 1 c γ zu § 465 S. 280 f.

8) Oertmann c. l.

9) Eck § 75 S. 451; vgl. § 6 S. 22 Anm. 4, auch Thiele S. 427, vgl. § 7 S. 29 Anm. 21.

10) Entsch. d. Oberlandesger. Marienwerder v. 5. November 1901 i. Rechtsprechung d. Oberlandesger. S. 35 und i. Jur. Monatsschrift für Posen, West- u. Ostpr. S. 18.

auf dem Standpunkte verharrt werden, daß in dem Klageantrage des klagenden Käufers das Verlangen nach der Zustimmungserklärung des Verkäufers zu dem Abschlusse eines Wandelungsvertrages besonders zum Ausdruck gebracht wird.

In gleicher Weise wie bei dem Anspruche auf Wandelung kann der Käufer bei Geltendmachung des Minderungsanspruches von dem Verkäufer die Annahme seines auf Herabsetzung des Kaufpreises gerichteten Antrages verlangen.

Endemann will, entsprechend seiner dort aufgestellten Lehre, die Klage auf Minderung ebenfalls unmittelbar auf den herausbegehrten Teil des Kaufpreises gerichtet wissen [11]. Allein damit verläßt Endemann den Boden der Vertragstheorie. Hier, wie dort, ist die Abgabe der Zustimmungserklärung ausdrücklich zu beantragen.

Wird die Minderung außergerichtlich verlangt, so kann sie nur dann vollzogen werden, wenn der Käufer die Herabsetzung des Kaufpreises um einen bestimmt angegebenen Betrag verlangt und der Verkäufer sich hiermit einverstanden erklärt hat, eine genaue Vereinbarung des Betrages der Preisherabsetzung bleibt erforderlich [12].

Für den Fall dagegen, daß der Minderungsanspruch gerichtlich, auf dem Wege der Klage, geltend gemacht wird, läßt Planck jedoch dieses Erfordernis fallen. Für diesen Fall sei durch den Richter der Betrag zu ermitteln, in dessen Höhe der Käufer infolge der Wandelung von der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises befreit, oder zur Rückforderung des gezahlten Preises berechtigt werde [13].

Das Ergebnis würde ein Klageantrag auf Verurteilung zu einem Vertragsschlusse mit einem unbestimmten Inhalte sein, eine Konstruktion, die Eck „sonderbar" findet [14].

Allein diesen Vorwurf kann man der Vertragstheorie er-

---

11) Endemann § 161 3 S. 995 Anm. 37 b.

12) Planck II Erl. 2 zu § 465 S. 250, Endemann § 161 3 Anm. 36 c S. 995.

13) Planck II Erl. 1 zu § 471 S. 254, Erl. 2 zu § 472 S. 255.

14) Eck § 75 S. 451.

sparen. Auch in dem Falle einer klageweisen Geltendmachung des Minderungsanspruches muß der klagende Käufer aus prozessualen Gründen einen bestimmten Betrag ansetzen, um den er Minderung verlangt [15]).

Gegen die Befürchtung, daß es zur vollen Klageabweisung führen würde, wenn der Kläger diesen Betrag falsch einsetze, macht Oertmann geltend, daß der Kläger „im Zweifel durch sein Minderungsbegehren doch mindestens den Willen ausgedrückt habe, es solle um den objektiv angemessenen, dem § 472 entsprechenden Betrag gemindert werden. Zu diesem Betrage, also mit bestimmbarem Inhalt, nicht gerade zu dem nur schätzungsweise und wegen des Erfordernisses eines bestimmten Klageantrages angegebenen Ansatze in der Klage, sinne er dem Verkäufer den Minderungsvertrag an“ [16]). Es würde sich auch für den Käufer empfehlen, den Antrag auf Einwilligung des Gegners in die Wandelung eventuell, für den Fall, zu stellen, daß er mit seinem Minderungsbegehren nicht durchdringe. Im Falle der Minderungsklage würde der Klageantrag etwa lauten müssen:

> „Es wird beantragt den Beklagten zu verurteilen, sich mit der Minderung des Kaufpreises einverstanden zu erklären und demgemäß an den Kläger ... Mk. zu zahlen“ [17]).

---

15) So auch Oertmann Kom. 1 c γ zu § 465 S. 280 f.

16) Oertmann c. l.

17) So auch Dernburg D. bürg. Recht. II § 185 VI Seite 75 Anm. 19.

Lebenslauf.

Ich, Max Friedrich Karl Müller, bin am 20. Februar 1874 zu Neustettin in Pommern geboren. Ich bin evangelisch und preußischer Staatsangehörigkeit. Mein Vater ist der Bürgermeister Theodor Müller in Deutsch-Krone. Ich besuchte dortselbst das humanistische Gymnasium und erhielt Ostern 1895 das Zeugnis der Reife. Unmittelbar darauf trat ich als Einjährig Freiwilliger in das Garde-Füsilier-Regiment zu Berlin ein und begann gleichzeitig an der Berliner Universität das Studium der Rechts- und Staatswissenschaft. Meine militärische Laufbahn erhielt dadurch ein vorzeitiges Ende, daß ich im Dienst eine Schußwunde an der rechten Hand erlitt. Ich wurde als Halbinvalide entlassen. Nach Ablauf des Wintersemesters 1898/99 habe ich mein Studium längere Zeit unterbrochen, es erst im Wintersemester 1903/04 wieder aufgenommen und dann 1905 in Breslau beendet. Ich besuchte die Vorlesungen und Seminare der Herrn Professoren und Dozenten: Aegidi, Anschütz, Biermann, Brunner, Burchard, Crome, Dambach, Delbrück, Dernburg, Dickel, Eck, Fischer, Heilborn, Hellwig, Hinschius, Hübler, Jacobi, Jörs, Kahl, Kaufmann, von Kaufmann-Asser, Kohler, Lasson, Mendel, Oertmann, Pernice, Preuß, Reinhold, E. Schmidt, Schollmeyer, Seckel, von Treitschke. Am 22. Januar 1906 bestand ich vor der Prüfungskommission an dem Oberlandesgerichte zu Breslau die erste juristische Prüfung und kurz darauf das examen rigorosum vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau. Ich wurde als Referendar an dem Amtsgerichte zu Deutsch-Krone angestellt. Nach Ablauf der ersten Amtsgerichtsstation erbat und erhielt ich einen längeren Urlaub und trat in die Dienste eines Bankgeschäfts. Am 30. Januar 1908 erhielt ich auf Gesuch meine Entlassung aus dem Justizdienst.